

UiO • Det juridiske fakultet

Barns rett til selvbestemmelse og medbestemmelse i medisinske spørsmål.

Kandidatnummer: 513

Leveringsfrist: 25.04.2014

Antall ord: 17 994



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensing og presisering	1
1.3	Rettskilde bildet	2
1.3.1	Lovteksten	2
1.3.2	Forarbeider og rundskriv	2
1.3.3	General Comments	3
1.3.4	Rettspraksis.....	3
1.3.5	Juridisk litteratur.....	3
2	BARNEKONVENSJONEN SOM DET RETTSLIGE UTGANGSPUNKT.....	4
2.1	Innledning – presentasjon av begrepet menneskerettigheter.	4
2.2	FNs Barnekonvensjon.....	4
2.2.1	ØSK – artikkel 12 og kravet minimumsnivå.....	6
2.3	Nasjonal gjennomføring av internasjonale menneskerettigheter	6
3	BARNEKONVENSJONEN - BARNETS RETT TIL MEDBESTEMMELSE.	7
3.1	Barnekonvensjonen art 12 gir barnet en uttalerett	7
3.1.1	Barnets uttalerett – artikkel 12.....	8
3.1.2	Retten til informasjon og tilrettelegging.....	10
3.1.3	Vekten av barnets mening.	11
3.2	Barnets beste – barnekonvensjonen art 3 nr 1.....	13
3.2.1	Prinsippet om barnets beste ved medisinske spørsmål.....	15
3.2.2	Forholdet til art 12	16
4	BARNELOVEN	17
4.1	Foreldreansvaret.....	17
4.2	Barneloven § 31 - barnets rett til medbestemmelse	19
4.3	Vekten av barnets mening.....	21
5	PASIENTRETTIGHETSLOVEN – SAMTYKKE OG INFORMASJON	22

5.1	Den medisinske myndighetsalder.	22
5.2	Pasientrettighetsloven	23
5.3	Samtykke til helsehjelp – Hovedregelen i pasl. § 4-1	23
5.3.1	Samtykke på vegne av mindreårige.....	24
5.4	Barnets rett til informasjon	28
6	BARNETS RETT TIL MEDBESTEMMELSE I HELSERELATERTE SPØRSMÅL.	30
6.1	Pasientrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd.....	31
6.2	Alderens betydning for medbestemmelsesretten	32
7	BARNETS RETT TIL SELVBESTEMMELSE I HELSERELATERTE SPØRSMÅL.	34
7.1	Selvbestemmelse.....	34
7.1.1	Selvbestemmelse for barn mellom 16-18 år.....	36
7.1.2	Selvbestemmelse for barn mellom 12 og 16 år	40
7.1.3	Selvbestemmelse for barn under 12 år.	44
8	BARNETS RETT TIL MEDBESTEMMELSE NÅR BARN OG FORELDRE ER UENIGE.....	45
8.1	Innledning	45
8.2	Barnets rett til å motsette seg behandling	46
8.3	Barnets rett til behandling hvor foreldrene ikke samtykker.....	49
9	HVORDAN SIKRE BARNETS RETT TIL MEDBESTEMMELSE OG SELVBESTEMMELSE I MEDISINSKE SPØRSMÅL?	51
9.1	Helsepersonellens plikter	51
9.1.1	Kravet om forsvarlighet.....	52
9.2	Kontroll med rettigheter.....	53
9.2.1	Institusjon	53
9.2.2	Statens helsetilsyn og Fylkesmannen	54
9.2.3	Pasient og brukerombudet	55
9.2.4	Barneombudet.....	55
9.2.5	Domstolkontroll.....	56

9.3	Saker hvor barnevernet er involvert.....	56
10	AVSLUTNING.....	57
11	LITTERATURLISTE	59
11.1	Lovgivning	59
11.2	General Comments.....	60
11.3	Forarbeider:	60
11.4	Litteratur	61
11.5	Dommer	62
11.6	Artikler.....	62
11.7	Annet.....	62

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Tema for oppgaven er hvilken rett barnet har til medbestemmelse og selvbestemmelse i medisinske spørsmål. Barnets rett til selvbestemmelse og medbestemmelse gjelder ”involvering av barn i beslutningsprosesser som angår det selv”.¹ Spørsmålet er hvem som bestemmer når pasienten er mindreårig og i hvilken grad barnet kan være *med på* å bestemme. I hvilken grad barnet på egenhånd kan ta beslutninger i medisinske spørsmål vil også bli redegjort for.

Jeg går først igjennom de overordnede teoretiske bestemmelsene i barnekonvensjonen og deretter de nasjonale bestemmelsene. De norske reglene må sees i sammenheng med de internasjonale konvensjonene. Reglene om selvbestemmelse og medbestemmelse er regulert i særlovgivningen, henholdsvis i barneloven og pasientrettighetsloven. Spørsmålet er om hvorvidt foreldre kan samtykke og motta informasjon på vegne av barnet.

I oppgaven vil det bli lagt vekt på forholdet mellom barn og foreldre. Deretter vil det bli tatt en juridisk drøftelse av hvorvidt barn kan motsette seg medisinske avgjørelser og hvor grensen går for hva foreldrene kan samtykke til. De praktiske konsekvensene av reglene vil bli illustrert gjennom mindreåriges rett til transplantasjon, prevensjon, abort og kosmetiske operasjoner.

Avslutningsvis vil jeg kort se på hvilke plikt helsepersonellet har til å ivareta barnets rett til selvbestemmelse og medbestemmelse i medisinske spørsmål og hvilke kontrollorganer og ombudsordninger vi har for å sikre at mindreåriges rettigheter blir ivaretatt.

1.2 Avgrensing og presisering

Oppgaven avgrenses mot øyeblikkelig helsehjelp, fordi helsepersonellet er rettslig pliktet til å yte nødvendig helsehjelp dersom pasienten ikke er i stand til å samtykke eller motsetter seg behandlingen jf helsepersonelloven (hlspl.) § 7.

¹ Søvig (2009) s. 49

Det er i grunn somatisk helsehjelp som blir behandlet i avhandlingen. Derfor vil de kompliserte spørsmålene som reiser seg i forbindelse med tvungen medisinsk behandling og psykisk helsevern ikke bli behandlet i oppgaven.

Etter pasientrettighetsloven faller forskning utenfor definisjonen av begrepet helsehjelp jf pasientrettighetsloven (pasl.) § 1-3 litra c og vil ikke bli omtalt i oppgaven.

Det avgrenses mot problemstillinger knyttet til personer som har blitt fratatt rettslig handleevne og av ulike årsaker mangler samtykkekompetanse. I det følgende vil hovedvekten ligge på barn under 16 år, men også barn mellom 16 og 18 år vil bli omtalt.

1.3 Rettskilde bildet

1.3.1 Lovteksten

Oppgaven tar utgangspunkt i en normativ analyse av gjeldende rett. Mye av rettskildene som er brukt er lovfestet. Det rettslige utgangspunktet er å finne i FNs konvensjon om barnets rettigheter (Barnekonvensjonen) vedtatt av de forente nasjoner 20. november 1989 og ratifisert av Norge 8. januar 1991 (inkorporert i norsk rett 1. oktober 2003), heretter kalt BK. Lov om Barn og foreldre (barneloven) av 8. april 1981 nr. 7, heretter kalt bl. Lov om pasient- og brukerrettigheter (pasientrettighetsloven) av 2. juli 1999 nr. 63, heretter kalt pasl. Lov om helsepersonelloven (helsepersonelloven) 2. juli 1999 nr. 64, heretter kalt hlspl.

1.3.2 Forarbeider og rundskriv

De forannevnte lover har omfattende forarbeider som er tillagt betydelig rettskildemessig vekt. Særlig er forarbeidene til pasientrettighetsloven Ot. prp. nr. 12 (1998-1999) nyttige ved forståelsen av innholdet og tolkningen av bestemmelsene som har betydning for barns selv – og medbestemmelse. Forarbeidene har blitt benyttet til å belyse og utdype barnets rett til selvbestemmelse og medbestemmelse.

Helsedepartementets rundskriv I-8/2003 og helsedirektoratets rundskriv IS-12/2004 har vært gode hjelpemidler ved løsningen av de problemstillinger oppgaven reiser.

1.3.3 General Comments

Barnekonvensjonen som er inkorporert i norsk rett, har en spesiell plass i oppgaven ved forståelsen av barnets medbestemmelsesrett. Dette gjelder da spesielt artikkel 12 - barnets uttalelsesrett og artikkel 3 – barnets beste. Barnekonvensjonen er gitt forrang og skal ved motstrid gå foran nasjonale bestemmelser.²

Barnekonvensjonens høyeste autoritative tolkningsorgan er barnekomiteen som utgir generelle kommentarer om hvordan tolke de enkelte artiklene eller hva sakens utfall bør være ved særlig viktige spørsmål. I 2009 utga Barnekomiteen General Comment nr. 12 om barnekonvensjonen art 12.³ Ved utdypingen av barnets rett til selvbestemmelse og medbestemmelse har General Comment nr. 12 vært svært nyttig.

I forbindelse med rapporteringsplikten pålagt av barnekomiteen, utarbeider komiteen anbefalinger og offentlige sesjoner også kalt ”concluding observations” til statene. Anbefalingene er ikke rettslig bindende, men har en rettledende funksjon.⁴

1.3.4 Rettspraksis

Det er tilnærmet ingen dommer som drar paralleller til det utredningen omhandler annet enn tilknytning til barneloven §31 om samværsrett som ikke har aktualitet for min oppgave. Trolig skyldes det at flere saker er av såpass personlig art at man har forsøkt å løse problemene før det når opp til domstolene. Eller at sakene ikke har kommet på spissen.

1.3.5 Juridisk litteratur

Bestemmelsene om barnets rett til medbestemmelse og selvbestemmelse er sparsomt behandlet i litteraturen. Kilder som har tjent til belysning av komplekset er blant annet Aasens ”Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling” 1. Utgave og hennes artikkel om ”Barns rett til selvbestemmelse og medbestemmelse i beslutninger om helsehjelp” 2008. Smith og Lødrups ”Barn og foreldre” 7.utgave og Syses ”Pasientrettighetsloven med kom-

² Menneskerettsloven §§ 2 og 3.

³ GC nr. 12. (2009) avsnitt 2

⁴ Sjøvig (2009) s. 35, Høstmælingen (2012) s. 85

mentarer” 3. utgave har også vært til god hjelp. Også andre kilder er brukt ved forståelsen, men de omtaler svært kort om det oppgaven skal redegjøre for, se litteraturlisten.

2 Barnekonvensjonen som det rettslige utgangspunkt.

2.1 Innledning – presentasjon av begrepet menneskerettigheter.

De sentrale elementene i menneskerettighets aspektet er retten til liv og frihet fra tortur og mishandling. Vern om ytringer, meninger, tanke, religion, tro, privatliv, familieliv, hjem, forsamlinger, foreninger, retten til medbestemmelse, arbeid, mat, helse, bolig, utdanning og kultur.⁵ Spesielt utsatte grupper som kvinner, barn, urfolk og minoriteter har fått eget sett med rettigheter jf eksempelvis BK.

Det enkelte individ gis rettigheter, men pålegger ikke befolkningen plikter. Statens myndigheter plikter å tilrettelegge positivt for at individets rettigheter i varetas, staten selv har ingen rettigheter. Statene skal respektere og positivt etterleve reglene gitt i lys av konvensjonen.

2.2 FNs Barnekonvensjon.

Siden 1989 har barnekonvensjon fått enormt betydning internasjonalt. Konvensjonen er inkorporert av alle verdens land, men med unntak av USA og Somalia.⁶ I Norge ble konvensjonen signert 26. Januar 1990 og ratifisert 8. Januar 1991 med stortingets samtykke.

Statene som har sluttet seg til menneskerettighetskonvensjonen er juridisk forpliktet til å overholde bestemmelsene. Tidligere hadde lovverket ikke noen spesielle juridiske rettigheter for barn, men man innså at barn hadde behov for særskilt beskyttelse.

Konvensjonsbestemmelsen fastsetter en uttalerett for barn. I lys av dette tok man sikte på å skreddersy menneskerettigheter for barn, og igjennom disse bestemmelsene imøtekomme

⁵ Høstmælingen (2003) s 27

⁶ Sjøvig (2009) s. 19

barns særskilte beskyttelsesbehov. Det ble utarbeidet selvstendige rettigheter og mer autonomi for barnet.⁷ I lys av konvensjonen ble det nå avkreftet at barn ikke er objekter, men subjekter med egne tanker og meninger som må tas hensyn til.

Barnekonvensjonen definerer barnet som «et hvert menneske under 18 år, med mindre myndighetsalder nås tidligere» se BK art 1. Selv om det er utarbeidet en egen barnekonvensjon, gjelder de andre menneskerettighetskonvensjonene også for barn. Det er utarbeidet fire grunnprinsipper som alle bør og skal være tilstede for å gi barn mulighet for riktig utvikling og trygg oppvekst. Læren om de fire grunnleggende prinsippene kan ikke leses direkte av barnekonvensjonen, men er utarbeidet av FNs barnekomite.⁸

Ved tolkning og gjennomføring av de andre rettighetene etter konvensjonen er det hensiktsmessig å legge disse fire bestemmelsene til grunn. De fire grunnprinsippene er ikke- diskriminering (art. 2), barnets beste (art. 3), barnets rett til liv og utvikling (art. 6), og **Barnets rett til å delta og bli hørt (art. 12).**

Beskyttelse, ytelse og deltakelse er viktige byggeklosser i barnekonvensjonen. Disse tre pilarene er statene pliktig til å ivareta. Det overordnede prinsipp er likevel at «det først og fremst skal tas hensyn til hva som gavner barnet best», ved «alle tiltak og handlinger som vedrører barn» jf BK art 3 (1). Selv om rettighetene er tilpasset barnets situasjon, er det likevel gitt anvisning på hvilke tiltak statene skal treffe. Statene som har sluttet seg til konvensjonen, skal «respektere og sikre» rettighetene i konvensjonen se BK art. 2 (2). I BK art. 4 første setning presiseres det at partene skal «sørge for alle lovgivningsmessige, administrative og øvrige tiltak som er nødvendige for å virkeliggjøre» konvensjonens rettigheter.

Bestemmelsene i barnekonvensjonen skiller seg ut fra de øvrige konvensjonene i den henseende at konvensjonen pålegger staten forpliktelser ovenfor barnet og ikke bare oppstiller rettigheter et enkelt barn har. Dermed er staten forpliktet til å ivareta rettighetene jf «Partene skal».

⁷ Sandberg (2008) s. 77-78

⁸ GC nr 5 (1994) avsnitt 12

2.2.1 ØSK – artikkel 12 og kravet minimumsnivå

FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter ble vedtatt 16. Desember 1966 og ratifisert i Norge 13. september 1972 heretter kalt ØSK.

ØSK art. 12 har en spesiell formulering «alle skal nyte den høyeste oppnåelige helsestandard». Tolkes det ordrett indikerer «Highet attainable» begrepet et uoppnåelig og et urealistisk mål, der staten nesten må se seg nødt til å sette inn alle ressurser på helseomsorgen.⁹ ØSK art. 12 kan ikke sees på alene, men i sammenheng med ØSK art. 2 (1). Der målet er at rettighetene skal realiseres, men over tid og avhengig av landets økonomiske tilstand. Statene er likevel forpliktet på tre plan: respekt, beskyttelse og gjennomføring.¹⁰

Ikke alle land har den samme oppfatningen når det kommer til sykdom og helbredelse. Selv om retten til helse kan oppfattes som vag og relativ, er det fastsatt en minimumsnivå statene er nødt til å opprettholde. Dette fordi de fattigste landene ikke skal kunne ha en standard som er lavere og at minimumsrettighetene fravikes ved en eventuell krisesituasjon.¹¹¹²

2.3 Nasjonal gjennomføring av internasjonale menneskerettigheter

Statene som har sluttet seg til menneskerettighetskonvensjonen, forplikter så følge konvensjonens bestemmelser. Det kan sees på som en avtale mellom den enkelte stat og det fellesskapet som utgjør de andre konvensjonspartene.¹³

Konvensjonen er som regel ikke opptatt av hvordan gjennomføringen skjer nasjonalt sett, så lenge det gir resultater og staten er innenfor de lovsatte rammene. I Norge gjennomføres de internasjonale menneskerettighetene via Lovgivning.. Deretter via forvaltningens vedtak. Domstoler, sivilombudet og barneombudet med mer har en veldig stor rolle ved gjennomføringen av internasjonale menneskerettigheter på det nasjonale plan.

⁹ Høstmælingen (2003) s. 300

¹⁰ Ibid. s. 300.

¹¹ GC nr 14 (2000) avsnitt 43.

¹² Høstmælingen (2003) s. 303

¹³ Ibid s. 340

Det har liten betydning om menneskerettighetene er nedfelt i lovgivningen, dersom de ikke gjennomføres korrekt i praksis. Det er via domstolene man kan kontrollere at forpliktelsene som kreves av myndighetene gjennomføres. Den dømmende makt er uavhengig av både den lovgivende og den utøvende makt.¹⁴ Men i de fleste tilfeller utgjør menneskerettslige problemer kun en mindre del av et større sakskompleks. Det er partenes ansvar å bringe saken opp for domstolene, da domstolene selv ikke kan reise sak av eget initiativ.¹⁵ Dette fører til at det er minimalt av saker som kommer opp for domstolene. De fleste kvier seg for å sloss for denne typer saker på grunn av det store og formelle apparatet som settes i gang, men også den tyngden som følger av advokathonorarer, medieomtale m.m. I et slikt tilfelle vil ombudsordningene være bedre egnet.¹⁶

Det er myndighetens ansvar at det gis ut utfyllende og korrekt informasjon til innbyggerne. Folk bør få vite hvilke rettigheter de har krav på. Individenes innsikt i egne rettigheter er viktig. Ulempen ved for mye informasjon er flere klager rettet mot myndighetene. Hvordan informasjonen gis – om det er via TV-reklame, aviser, kampanjer er ikke relevant. Det viktigste er at folk får kunnskap.¹⁷

3 Barnekonvensjonen - Barnets rett til medbestemmelse.

3.1 Barnekonvensjonen art 12 gir barnet en uttalerett

En av de viktigste rettighetene barn fikk gjennom barnekonvensjonen er retten til å bli hørt jf BK art 12. I følge bestemmelsen har barnet rett til å være med på å bestemme i spørsmål som vedrører dem. Bestemmelsen gir barnet en *rett til å være med på å bestemme*, og ikke en rett til å bestemme.

¹⁴ Ibid s. 340

¹⁵ Ibid s. 345 flg.

¹⁶ Høstmøingen (2003) s. 346-347

¹⁷ Ibid s. 347

Bestemmelsen var kontroversiell i den forstand at man hadde vansker for å akseptere reglene i enkelte kulturer.¹⁸ Tradisjonens tro skulle foreldre bestemme over sitt barn. Bakgrunnen for barnets uttalerett begrunnes i at avgjørelser som angår barn ikke skal tas uten at barnet har kjennskap til saken.

Barnekonvensjonen er dynamisk og bestemmelsene som er gitt må tolkes i samsvar med et samfunn som stadig endres. I forbindelse med EMK har EMD uttalt at konvensjonen er et dynamisk instrument.¹⁹ EMD har i flere saker uttalt at konvensjonen er ”a living instrument which ... must be interpreted in the light of present-day conditions”²⁰ Tolkningen må ifølge EMD bero på nåtidens forhold. Barnekomiteen har lagt en tilsvarende tilnærming.²¹

BK art. 12 er fremdeles kontroversiell i den forstand at den fortsetter å utfordre i ulike settinger og har ført til at barn blir sett på som aktive deltakere av samfunnet.

3.1.1 Barnets uttalerett – artikkel 12

Uavhengig av livsområde pålegger BK art. 12 statene en generell forpliktelse til å sikre at barn blir involvert i beslutningsprosesser som angår dem selv. Kjernen i retten til deltakelse ligger i BK art. 12.²² Forpliktelsen er todelt i den forstand at det først skal sikres at barnet får mulighet til å uttrykke sitt syn på saken hvis ønskelig, dernest at barnets syn skal tillegges vekt i samsvar med dets alder og modenhet jf BK art 12 «Behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet».²³ Barnet har en menneskerett å få være med på å bestemme, barn har ingen *plikt* til å uttale seg i de saker som angår det selv.²⁴

Barnekonvensjonen oppstiller ingen fast aldersgrense for når barnet har rett til å bli hørt. Vilkåret for å bli hørt etter BK art. 12 er kun at barnet må være i stand til å danne seg egne syns-

¹⁸ Smith og Lødrup (2006) s 116

¹⁹ Sjøvig (2009) s. 21

²⁰ Sjøvig (2009) s. 21

²¹ GC nr. 5 (2005) avsnitt 18

²² Kjørholt (2010) s. 48

²³ Ibid s. 16

²⁴ GC nr. 12 (2009) avsnitt 16 og 22

punkter. BK art 12 bruker bevisst begrepet «i stand til å danne seg synspunkter». Hvorvidt et barn er moden nok til å uttale seg må vurderes konkret opp mot situasjonen.

I vurderingen må det avgjøres hvilke spørsmål saken omhandler. Jo yngre barnet er desto forsiktig skal vi være med kompliserte spørsmål. Barn som viser sin mening via ikke-verbal kommunikasjon for eksempel via lek og kroppsspråk skal respekteres og tas i betraktning.²⁵ Barnekomiteen understreker at formuleringen ikke skal tolkes som noen begrensning.²⁶ I første omgang presiseres det at barnet må ha evne til å mene noe, hvorvidt barnet har noen synspunkter angående selve spørsmålet er ikke påkrevet.²⁷

Et annet vilkår er barnets rett til fritt å uttale seg om saker som angår det selv. Det skal være fravær av tvang og press. Det er opptil barnet om det ønsker å benytte seg av sin rett til å bli hørt.²⁸ De ansvarlige for barnet skal informere barnet om saken, slik at barnet har tilstrekkelig informasjon. Samt informasjon om hvilke valg og eventuelt beslutninger barnet står ovenfor.

Det er viktig at barnet blir gjort kjent med hvilke utfall beslutningene kan få. Ordlyden gir ingen indikasjon på informasjonsrett til barnet. Men det ligger i sakens natur at det er en umulighet å uttale seg om noe vedkommende ikke har informasjon om. Det må således innfortolkes en informasjonsrett. Dette må sees på som en forutsetning hvis barnet skal være i stand til å gjøre seg opp en mening.²⁹ Det er ingen krav at barnet skal ha en mening om hele saken, det holder at barnet ønsker å utøve sin rett på deler av saken. Barnet må ha muligheten til å uttale seg og partene er forpliktet til å utdanne kvalifisert helsepersonell som kan ivareta barnets rettigheter og behov.³⁰

²⁵ Ibid. avsnitt 21

²⁶ Ibid. avsnitt 20

²⁷ Sandberg (2008) s. 84

²⁸ GC nr. 12 (2009) avsnitt 22

²⁹ Ibid. avsnitt 25

³⁰ Ibid. avsnitt 49

Et annet kriterium ved utførelsen av barnets rett til å bli hørt er at saken må angå barnet jf BK art. 12 «forhold som vedrører barnet». Kriteriet er vidtrekkende og er ikke et strengt krav.³¹ Begrepet er omtalt i barnekomiteen.³²

Så lenge saken har en innvirkning på barnet om det så gjelder barnet individuelt eller en gruppe med barn er kriteriet nådd. Medisinsk sett er det klart at barnet har en rett til å bli hørt. Barnets rett til å bli hørt er ikke avhengig av at det foretas en formell beslutning i saken.³³ Når det gjelder barn i en gruppe kan det bli vanskelig å trekke grensen, men tolkningen er bevisst holdt vid da en snever tolkning vil begrense bestemmelsens anvendelsesområde.

Saker som omhandler spørsmålet om hvorvidt et barn har en rett til å bli hørt i medisinske forhold er forvaltningssaker som reguleres av BK art. 12 andre avsnitt. Det samme gjelder saker som berører barnets livssituasjon under et sykehusopphold. Bestemmelsen pålegger statene å sikre barnet slik at det får mulighet til å uttrykke sitt syn i medisinske saker.

I denne henseende er det tilstrekkelig å slå fast at barnet uavhengig av alder og modenhet i alle henseender har en uttalelsesrett hva gjelder medisinske forhold.

3.1.2 Retten til informasjon og tilrettelegging

Det er meningsløst å danne synspunkter om et forhold uten tilstrekkelig informasjonen som er nødvendig. For at uttaleretten skal bli reell, må nødvendig informasjon gis.³⁴

Det er viktig at barnet får tatt et begrunnet standpunkt.³⁵ I tillegg til kravet om informasjon, må informasjonen som gis være tilrettelagt barnets modningsnivå.³⁶

³¹ Ibid. avsnitt 49

³² Ibid avsnitt 16 og 32-33

³³ Ibid avsnitt 49

³⁴ GC nr 12 (2009) avnitt 25.

³⁵ Ibid. avsnitt 16.

³⁶ Sandberg (2008) s. 113

Barnets krav på informasjon har dermed to elementer; informasjonen må være *tilgjengelig* og *tilpasset*. Kravet om tilgjengelighet bør være strengere på dette området. Informasjonen bør forenkles i den grad det er mulig, men ikke slik at det mister sin alvorlighetsgrad. Grensen er vanskelig å trekke, men det er viktig at vedkommende som snakker med barnet har god kjennskap til saken og kan formidle informasjonen på en korrekt måte.

I tillegg til at statens skal tilpasse informasjon ved forenkling av stoffet, er staten pliktet til å *tilrettelegge* informasjonen. Særskilte hjelpemidler som døvetolk, vanlig tolk og informasjon i blindeskrift er eksempler på hjelpemidler som vil tilgjengelig gjøre informasjonen. Statene er forpliktet til å høre på funksjonshemmede barn og minoritetsbarn.³⁷ Gjennom denne tilpassningen vil barn som har særskilte behov være bedre rustet til å danne synspunkter og meninger om den aktuelle saken.

Det er et krav at beslutningstakeren skal informere om sakens utfall og hvordan barnets mening ble vektlagt. Hensikten er at man skal være oppmerksom på at barnet ikke bare ble hørt av ren formalitet, men at barnet ble tatt på alvor.³⁸ Tilbakemelding etter at beslutningen er tatt er lite behandlet i intern rett. Barnekomiteen oppfordrer statene til å formidle barnet om sakens utfall, og gjerne begrunne saken nærmere om det ikke var i tråd med hva barnet ønsket.³⁹ Det er intet krav at samme person skal ha samtale med barnet, men det er fordelaktig. Barnet slipper å forholde seg til flere personer. Vedkommende som kjenner barnet godt er best egnet til å fortelle barnet om sakens utfall. Barnet vil på denne måten få en verdig avslutning på saken og føle at han ble hørt.

3.1.3 Vekten av barnets mening.

Fra tidlig alder ligger det i vår natur at vi danner oss synspunkter om forholdene rundt oss. Det er hensiktsmessig å la barnet bestemme over små dagligdagse ting, slik som valg av klær, type mat dem vil spise m.m. Men i det praktiske liv kan man ikke la barn ta store avgjørelser. Problemet tilspisses først når saken er av komplisert kaliber. Ved vektlegging av barnets mening gjør det seg gjeldende flere momenter.

³⁷ GC Nr. 12 (2009) avsnitt 21

³⁸ Ibid. avsnitt 45.

³⁹ Sandberg (2012) s. 114

BK art 12 nr. 1 pålegger statene å ta hensyn til at barnets synspunkter skal tillegges behørig vekt i samsvar med barnets alder og modenhet.⁴⁰

Selv om barnets beste er det grunnleggende hensyn i ethvert saksforhold jf BK art. 3, må likevel barnets egen mening vektlegges. I vurderingen ser man en klar sammenheng mellom de to artiklene.

FNs Barnekomite legger vekt på at det er barnets *modenhetsnivå* som må være avgjørende på hvor stor vekt barnets mening skal ha.⁴¹ For å stadfeste hvor modent barnet er må man se hvilke evne barnet har til å forstå og resonere, samt vurdere om barnet forstår situasjonens kompleksitet. Klarer barnet videre å uttrykke sine synspunkter på en uavhengig måte? Dette er spørsmål som må stilles for at man skal kunne få et helhetlig bilde over barnets modningsnivå.

Ett barn på 10 år kan vise mer forståelse og modenhet enn ett barn på 12. Dette byr på en del utfordringer for personen som skal vurdere barnet. Spesielt når det er dommere, leger eller saksbehandlere som skal ta standpunkt til saken. Disse kjenner ikke barnet like godt som foreldre og det er derfor viktig at man stiller spørsmål om barnets reelle mening virkelig kommer frem under møtene, og at barnet ikke kommer inn i en lojalitetskonflikt. Det er viktig å bemerke at desto større virkning resultatet har på barnet, desto mer vekt bør uttalelsen tillegges.⁴²

I helhetsvurderingen er det viktig å legge til grunn at jo eldre barnet er desto tyngre vekt får uttalelsen. Vekten av barnets syn vil avhenge av det aktuelle spørsmålet, andre berørte parter, hvor sterkt og vedvarende barnets mening er, om meningen er fastholdt over lang tid og hvor veloverveid barnets syn er.⁴³

⁴⁰ GC nr 12 (2009) avsnitt 29

⁴¹ Sandberg (2012) s. 114

⁴² GC nr 12 (2009) punkt 29

⁴³ Sandberg (1990) s. 65

Motargumentene som kan svekke vekten av barnets mening, er blant annet hensynet til andre søsken og foreldre. Er motargumentene sterke kan utfallet gå i en annen retning. Et eksempel som illustrerer dette er når barnet ikke ønsker å bli operert tross for gode prognoser. Barnet er redd og engstelig. Dette er momenter som ikke kan ha avgjørende vekt, da barnets beste ligger i å bli operert.

Flere bestemmelser i intern norsk rett underbygger bestemmelsene i BK art 12, disse bestemmelsene kan være støtteargumenter i forståelsen av hvor mye vekt barnets mening skal tillegges. Både adopsjonsloven og forvaltningsloven tillegger partene å ta barnets mening i betraktning i samsvar med dets alder og modenhet jf Adopsjonsloven § 6 (1) annet punktum og forvaltningsloven § 17 (1) siste punktum.

Innenfor de saksområder som oppgaven behandler sier pasientrettighetsloven at det skal legges mer og mer vekt på hva barnet har å si ut fra dets alder og modenhetsnivå jf § 4-4 siste ledd siste punktum.⁴⁴

3.2 Barnets beste – barnekonvensjonen art 3 nr 1.

Barnets beste er barnekonvensjonens mest sentrale begrep jf BK art. 3 nr 1.⁴⁵ Begrepet er fastslått til å være et grunnleggende hensyn med vidtrekkende betydning og skal legges til grunn ved alle tiltak som berører barn jf BK art 3. nr 1.

Ved utarbeidelsen av konvensjonen var man i tvil hvor sterkt hensynet skulle tolkes. Skulle prinsippet begrenses til det offentlige eller skulle man la det gjelde også for private velferdsorganisasjoner?

Idag er det bestemt at prinsippet må legges til grunn av alle som direkte eller indirekte påvirker avgjørelser omhandlende barn, dette gjelder alle bestemmelser foretatt av offentlige, private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer.⁴⁶ Det ble bestemt at barnets beste burde være et hovedsyn, men ikke et overordnet hen-

⁴⁴ Se punkt 5.3 og 5.4

⁴⁵ Haugli (2008) s. 46

⁴⁶ Ibid. s. 49

syn. Det må tas hensyn til at også andre parter kan ha like viktige interesser som bør ivaretas. Dermed ble barnets beste sett på som ett grunnleggende hensyn - «a primary consideration».⁴⁷

Begrepet gir barnet ingen konkret definert rettighet. Skal man la et annet hensyn gå foran prinsippet om barnets beste må det stadfestes at det ikke er andre akseptable og gjennomførbare løsninger.⁴⁸

Begrepet er generelt og ordlyden gir få holdepunkter om hvordan begrepets innhold skal forstås. Barn har samme ukrenkelige menneskeverd som voksne, samt de samme menneskerettighetene.⁴⁹

Prinsippet gjelder i sin helhet alle barn i alle aldre over hele verden. Men et såpass generelt prinsipp kan neppe ha et entydig innhold. Innholdet vil variere etter hvor i verden man er, eventuelle kulturforskjeller, tradisjoner og menneskesyn må tas i betraktning. Det kan enes om at et grunnleggende element må være respekt for barnets fulle menneskeverd og integritet.⁵⁰ Det vil si at barnas primærbehov må være den røde tråd. I tillegg til dette er det en rekke grunnleggende behov som må dekkes, slik som retten til omsorg, kjærighet, stabilitet og lek. Disse behovene er med på å gjøre et barnet fullkomment, og regnes som det beste for barnet.

Juridisk sett tas det utgangspunkt i likhetsprinsippet. Ved forståelsen av hva som er det beste for barnet kan det legges til grunn generelle regler. Det har vist seg at det beste for ett barn kan også være det beste for et annet. Uavhengig av hvilke sakskompleks man står ovenfor bør det utformes generelle momenter, men det er lagt til grunn at hvert barn bør vurderes individuelt.⁵¹ Det skal være like rettigheter og plikter for alle. Men det som kan være det beste for ett barn i en gitt situasjon, kan ikke alltid være det beste for et annet barn i samme type scenario.

⁴⁷ Ibid s. 317

⁴⁸ Haugli (2008) s. 49

⁴⁹ Ibid. s. 47

⁵⁰ Ibid s. 52

⁵¹ Aasen (2007) s. 7

Barnets beste er relativt.⁵² Og man må se det enkelte tilfellet isolert sett. Ideen er at man skal ta utgangspunkt i det enkelte barns behov og forutsetninger. En naturlig språkforståelse sett i lys av ordlyden i BK art. 3 nr 1. forespeiler at det er barnet(individet) som skal være i fokus og ikke barn som sådan.

Gjennom ny forskning vil også kunnskapen vi har om begrepet «barnets beste» forandre seg. Det som er viktig og det best for barn vil endre seg med tiden. Det beste for barnet i dag, er ikke nødvendig det beste for barnet i morgen. Hvis vi ser på den historiske utviklingen av synet på barnets oppdragelse kan vi se at man tidligere forventet og strebet etter å ha et underdanig barn, der fysisk avstraffelse og disiplin sto sentralt. Etter hvert som vi egnert oss bedre kunnskap ble det fokusert på naturskapte barn, frem til at vi nå skrider mot en tilstand der målet er det lykkelige barn.⁵³ Begrepet er dermed dynamisk. Det kreves at det må innhentes ny kunnskap, slik som at undersøkelser blir foretatt, ny forskning, studie m.m blir undersøkt på det aktuelle området før beslutningen tas.⁵⁴

3.2.1 Prinsippet om barnets beste ved medisinske spørsmål

Prinsippet om barnets beste kommer spesielt på spissen ved medisinske spørsmål. Her som ellers skal avgjørelser om barnets helse tilpasses det enkelte barn og den enkelte diagnose. Barnets beste ved medisinske forhold bør sees på i samarbeid med barnet, da det er barnet avgjørelsen gjelder. I denne henseende utfyller BK art. 3 og BK art. 12 hverandre godt. BK art. 3 gir holdepunkter for at barnets beste skal være målet, mens BK art. 12 gir generelle momenter om hvordan gå frem for å nå målet.

En gjennomføring av BK art. 3 tilsier at bestemmelsene i BK art. 12 må respekteres. Målet er bedre helsetilstand, derfor vil tiltak som har dette mål for øye være som regel det beste alternativ for barnet. Virkningen av behandlingen vil være med på å avgjøre om dette er det beste alternativet.

⁵² Haugli (2008) s. 48

⁵³ Thuen (2002) artikkel.

⁵⁴ Haugli (2008) s. 48

Hva er det beste for barnet hvis utfallet er risikofylt og man er usikker på om behandlingen vil gi resultater? Dette gjelder da eksperimentell behandling m. m. Ved slike tilfeller snakker vi sjelden om det beste for barnet, men heller at legene er interessert i å se virkningene av en gitt behandling. Derimot kan det foretas eksperimentell behandling hvis pasienten ikke har noe å tape på behandlingen. Det kan være relevant hvor pasienten er døende, eller prognosene ser negative ut. Men det betyr ikke at man skal la barnet lide unødvendig.

Et annet moment som gjør seg gjeldene er at desto yngre barnet er desto tyngre veier bestemmelsene i BK art. 3. Små barn har vanskelig for å uttrykke seg og forstå viktigheten av egen helse. Medisinsk behandling eller undersøkelse må foretas i samråd med barnets interesser og behov.

3.2.2 Forholdet til art 12

Prinsippet om barnets beste i BK art. 3 kommer til sin rett når det sees i sammenheng med BK art. 3. Hva som er best for barnet fremgår tydeligst i *samarbeid* med barnet.

BK art. 3 gir føringer på at det beste for barnet skal være målet, men målet kan ikke nås uten at barnets interesser blir ivaretatt jf BK art. 12 om barnets rett til å uttale seg i saker som angår dem selv.

Ved spørsmål om hva som er til det beste for barnet i helsesektoren vil begge bestemmelsene utfylle hverandre. Medisinsk behandling og undersøkelser bør ikke tas uten at barnet har fått uttale seg om saken. Å gi medisinsk behandling uten at barnet blir hørt i saken, kan gi negative konsekvenser. Avgjørelsen som blir tatt, for eksempel en operasjon vil påvirke barnet både fysisk og psykisk. Barnet må derfor gis en mulighet til å påvirke avgjørelsen og på denne måten ikke føle at det har blitt utsatt for tvang eller press. Selvfølgelig vil det også foreligge problemer der det beste for barnet objektivt sett er at det bør opereres, men at barnet motsetter seg kravet. At barnet likevel får en uttalelsesrett er med på å øke barnets selvfølelse og gjøre den til i stand til å gjøre seg opp meninger også om andre forhold under oppveksten og videre i voksenlivet. For barn er integritet og autonomi grunnleggende verdier som bør tas vare på.

Er barnets uttalerett absolutt? I Rt. 2004 s. 811A dreide saken seg om at Høyesterett lot barnets uttalerett vike til hensyn for barnets beste.⁵⁵ Dommen drar ikke paralleller til medisinsk behandling, men belyser hvordan vekten av barnets uttalerett sett i lys av prinsippet om barnets beste gjør seg gjeldende i praksis. Rettsaken gjaldt omfanget av samværsretten. Høyesterett konkluderte med at lagmannsretten hadde foretatt en forsvarlig saksbehandling når den avsa dom uten at det ble innhentet barnets mening. Denne type relativ uttalerett er lagt til grunn i Europarådets konvensjon om kontakt (samvær) av 15. Mai 2003 (ETS nr. 192) art. 6, som uttaler at beslutningsorganene kan unngå å høre barnet dersom det skulle være i strid med barnets interesser.⁵⁶ Førstvoterende kom frem til at ved å innhente guttens syn på saken ville belaste ham unødig. I ettertid har dommen fått mye kritikk.

BK Art. 5 forplikter staten til å respektere foreldrenes omsorgsplikt og bestemmelsesplikt. Foreldrene skal støtte og veilede barnet under utøvelsen av rettighetene etter barnekonvensjonen. Tilpasningen skal skje gradvis og etter hvordan barnet utvikler og modnes over tid.

4 Barneloven

4.1 Foreldreansvaret

Det rettslige forholdet mellom barn og foreldre reguleres av Barneloven.⁵⁷ Reglene om foreldreansvaret finner vi i lovens kapittel 5.⁵⁸ Selv om foreldreansvaret er lovregulert helt ned til detaljnivå må det i det praktiske liv drives av kjærlighet til barnet og et ønske om å gi barnet den beste oppdragelsen slik at barnet i møte med samfunnet skal oppnå full integritet. Der situasjonen kommer på spissen kan det være praktisk med veiledning fra gjeldende rett.

Foreldreansvaret ligger som hovedregel hos både far og mor. Er begge foreldrene gift og bor sammen, har de felles foreldreansvar jf. bl. § 34 første ledd. Hvem som har foreldreansvar

⁵⁵ Sjøvig (2009) s. 81

⁵⁶ Sjøvig (2009) s. 83

⁵⁷ Lov 8. April 1981 nr. 7.

⁵⁸ Smith og Lødrup (2006) s. 97

hvis foreldrene ikke er gift følger av bl. §§ 34 (2), 38, 39, 60, 63 og vil ikke bli omtalt i det følgende.⁵⁹

Bl. § 30 gjør rede for en prinsipperklæring om hva foreldreansvaret innebærer. Innholdet i bestemmelsen er todelt hvor det skilles mellom foreldrenes omsorgsplikt bl. § 30 (1) og en bestemmelsesplikt bl. § 30 (2).⁶⁰ Barn hører til en sårbar gruppe i samfunnet og har behov for beskyttelse og omsorg. Foreldrenes omsorgsplikt retter seg mot barnets fysiologiske, psykologiske og materielle behov jf. ”omsut og omtanke” bl. § 30 (1).⁶¹

Det andre element bygger på foreldrenes rett og plikt til å bestemme over barnet. Det forutsettes da at barnet selv ikke har eller ikke ønsker å samtykke til avgjørelsen. Selv om bl § 30 (2) gir foreldre en rett til å bestemme, indikerer det på ingen måte at retten er gitt til fordel for foreldrene. Hensynet bak retten er at barnet selv ikke er i stand til å foreta en fornuftig og begrunnet avgjørelse og derfor er foreldrene nærmest til å velge det alternativ som gagnar barnet best, objektivt sett.⁶²

Bestemmelsesretten gir foreldrene en rett og plikt til å bestemme i barnets ”personlege tilhøve” jf bl § 30. I utgangspunktet gjelder det alle forhold som angår barnet som for eksempel hvilke skole barnet skal studere ved og ved medisinske undersøkelser og behandlingsmetoder. Bestemmelsen er ikke absolutt og setter begrensninger for foreldrenes bestemmelsesplikt hva gjelder barnets økonomiske forhold.⁶³ Foreldrenes bestemmelsesrett er videre begrenset av reglene om barnets med- og selvbestemmelsesrett.⁶⁴

Beslutningene som tas må samsvare med kravet om ”barnets beste” jf. bl § 30 første ledd siste punktum. Det vil si at foreldrene kan ikke nekte barnet blodoverføring da det ikke er det beste for barnet.⁶⁵ Selv om foreldrene har det overordnede ansvar, må beslutningene tas i

⁵⁹ Ibid. s 99 flg

⁶⁰ Ot.prp. nr 56 (1996-1997) s. 1

⁶¹ Smith og Lødrup (2006) s. 102

⁶² Ibid. (2006) s 108, NOU 1997:35 s. 124

⁶³ Lov om Vergemål 2010 26. Mars nr 16

⁶⁴ Ot.prp. nr 56 (1996-1997) s. 1

⁶⁵ Jf. Punkt 9.1.1

samsvar med barnets interesser. BK art. 3 går noe lenger enn bl § 30, og legger til grunn at barnets beste skal være avgjørende ved *alle* tiltak som besluttet på barnets vegne og ved *alle* avgjørelser som berører barnet.⁶⁶

4.2 Barneloven § 31 - barnets rett til medbestemmelse

Retten til å gi uttrykk for sitt syn i en gitt sak kalles en rett til medbestemmelse.⁶⁷ Pasientrettighetsloven, barneloven eller barnekonvensjonen verken definerer eller bruker begrepet ”medbestemmelse” i lovgivningen. Lovene nevner retten til å gi uttrykk for sine synspunkter, rett til å bli hørt og retten til å delta i avgjørelser. Retten til å ta avgjørelsen ligger som hovedregel hos noen andre, retten til medbestemmelse handler i denne henseende om muligheten til å påvirke innholdet i avgjørelser som angår en selv.

Bl. § 31 åpner for barnets medbestemmelsesrett i saker som angår barnets personlige forhold. Bestemmelsen drar paralleller til barnekonvensjonen hvor retten til å bli hørt i saker som angår barnet er holdt sentralt jf BK art. 12.

Bl. § 31 skiller mellom en absolutt og en relativ grense. Barn som er i skolepliktig alder, altså barn som har fylt 7 år ”skal” få si sin mening før det blir tatt en vurdering. Har beslutningen blitt tatt uten at barnet har blitt hørt i saken, er den ugyldig. Dette gjelder selv når beslutningen hadde vært den samme etter at barnet hadde blitt hørt.

Barn under syvårsalderen skal ifølge bl. § 31 første ledd få uttale seg hvis de er i stand til å danne seg egne synspunkter. Den relative grensen kan være vanskelig å trekke. Barn under syvårs alderen kan være bedre egnet til å uttale seg i en sak enn en 8 åring. FNs barnekomite fraråder av denne grunn å sette aldersgrenser på barns medbestemmelsesrett.⁶⁸ Bl. § 31 åpner for at barn under syvårsalderen også skal vurderes, dermed er barnelovens regler innenfor konvensjonens rammer.

⁶⁶ GC nr 12 (2009) avsnitt 70. Se punkt 2.5 om barnets beste - art 3.1

⁶⁷ Sandberg (2008) s77

⁶⁸ GC nr 12 (2009) avsnitt 21

Ved vurderingen av barn under den relative grensen må man legge til grunn barnets alder og modenhetsnivå. Vurderingen er basert på skjønn og hvert enkelt tilfelle må avgjøres konkret med det enkelte barn for øye. Vurderingen er lik den som legges til grunn i BK art. 12.

Barnet har ikke en plikt til å uttale seg, men kun en rett til medbestemmelse. Ønsker barnet kun å uttale seg om deler av saken, skal beslutningstaker respektere det sml. BK art. 12. Ønsker barnet å ikke uttale seg i det hele tatt må også dette respekteres.⁶⁹

Medbestemmelsesretten etter bl. § 31 gjelder kun ved forhold av personlig art. jf ”personlege tilhøve”.⁷⁰ Bestemmelsen er snevrere i bl. § 31 enn BK art. 12 hvor medbestemmelsesretten er omfattet til alle saker som angår barnet. På den andre siden er det ikke nødvendig med en så generell regel i lov mellom barn og foreldre. Men det betyr ikke at rekkevidden av BK art. 12 innskrenkes. Barnekonvensjonen er inkorporert i norsk lov, og skal ved motstrid gå foran annen nasjonal lovgivning.⁷¹ Det naturlige er å se bl § 31 i sammenheng med BK art. 12.

Medbestemmelsesretten i bl. § 31 er anvendelig i saker om hvor barnet skal bo fast og eventuelt ved samvær. Men begrepet ”personlege tilhøve” gjelder i grunn alle saker som angår barn, herunder også retten til medbestemmelse i medisinske spørsmål. Her som ellers må det legges til grunn om hva som er det beste for barnet.⁷² Hensynet til barnets beste skal gis en universell anvendelse.⁷³

For at barnet skal ivareta sin rett til medbestemmelse kreves det at foreldrene aktiv går inn for å rådspørre sine barn og høre hva dem har å si om saken.⁷⁴ Det er en forutsetning at barnet får den informasjonen som ansees som nødvendig for at barnet kan uttale seg. Foreldrene kan ikke kreve at barnet på egenhånd finner nødvendig informasjon.⁷⁵ Samt er det tjenlig med at informasjonen er tilrettelagt og tilpasset det enkelte barn. Det er også hensiktsmessig med slik

⁶⁹ Innst. O. Nr 96 (200-2003) s. 22

⁷⁰ Backer (2008) s. 293

⁷¹ Prinsippet om forrang.

⁷² Prinsippet om ”barnets beste” BK art. 3

⁷³ Haugli, trude (2002) s.317

⁷⁴ Backer (2008) s. 293, bl § 31 (1) første punktum.

⁷⁵ Ibid s. 293

informasjon, selv om det skulle gå i barnets disfavør. Barnet blir forberedt på situasjonen og kan få tid til å innrette seg.⁷⁶

Barnets rett til å bli hørt etter barneloven er ikke begrenset til de som har foreldreansvaret. I bl. § 31 første ledd tredje punktum fremgår det at barnets rett til å uttale seg gjelder ovenfor alle som har med barnet å gjøre.⁷⁷ Barnet rett til å bli hørt av en dommer, sakkyndig, helsepersonell, rektor m.m.

4.3 Vekten av barnets mening

Det er ingen forutsetning at det sett i lys av medbestemmelsesretten foreligger noe krav om enighet mellom barn og foreldre.⁷⁸ Barnets mening selv om den vektlegges kan ikke alltid være utslagsgivende.⁷⁹ Barnets syn skal være et moment ved vurderingen før den endelige beslutningen tas.⁸⁰ Ved vurderingen av hvor mye barnets uttalerett skal vektlegges beror det på en helhetlig gjennomgang av de momenter som er tatt inn i lovens forarbeider.

Vekten av barnets mening må i første omgang være proporsjonal med barnets alder og modningsnivå. Men slik jeg har vært inne på tidligere kan ikke det være avgjørende. Hvordan barnet er i stand til å formulere og begrunne sitt valg er med på å avgjøre om barnet virkelig har forstått situasjonen det er i. Videre peker det i barnets favør om barnet lenge har ruget ved et og samme utfall. For eksempel ønsker barnet å la seg operere til tross for komplikasjonene som kan oppstå. Vekten påvirkes også av hvilke type spørsmål saken dreier seg om. Er barnet for ung til å forstå seg på medisinske faguttrykk og behandlingsmetoder vil selvfølgelig dette tas med i vurderingen. Det er også viktig å få frem om barnet er innforstått med konsekvensene av det valg det ønsker å foreta.

Medbestemmelsesrettens funksjon er å lære barnet å treffe egne valg og forstå konsekvensene av valget det har tatt.⁸¹

⁷⁶ Ibid s. 293

⁷⁷ Backer (2008) s. 294

⁷⁸ Ibid. s 298

⁷⁹ Ibid. s 298, Sandberg. Kommentar til barneloven (rettsdata) note 78.

⁸⁰ Bl § 31 (1)s annet punkt.

⁸¹ Avsnittet er basert på Backer (2008) s 298

Selv om det er etisk forsvarlig å la barn være med å bestemme over sin (helse)tilstand, er det viktig at det må avveies mot gjeldende mothensyn . Foreldre har adgang til å la andre hensyn veie tyngre enn barnets. Det kan være for eksempel hensyn til foreldrene selv eller andre søsken.

Barneloven pålegger beslutningstakeren å vektlegge barnets mening betydelig etter at det er fylt 12 år jf. bl § 31 (2). Selv om egenvekten øker sterkt er foreldrene likevel ikke bundet til å gi barnets mening utslagsgivende vekt.⁸² Etter bl § 31 skal vekten av barnets mening tillegges ”Stor” vekt, men ikke utslagsgivende vekt. Er barnets mening i samsvar med barnets beste bør det legges til grunn. Flere steder i lovgivningen ser vi at barn har fått en utslagsgivende medbestemmelsesrett etter fylte 12 år. For eksempel illustrerer navneloven § 12 annet punktum det faktum at foreldrene ikke kan bytte barnets navn uten samtykke fra barnet.⁸³

5 Pasientrettighetsloven – Samtykke og informasjon

5.1 Den medisinske myndighetsalder.

I Norge er myndighetsalderen satt til 18 år. Den som er myndig kan fritt slutte til juridisk bindende avtaler og råde over sine midler uten samtykke fra verge. Regelen er likevel ikke absolutt, i visse henseender er selvbestemmelsesretten utvidet i den forstand at man kan ta beslutninger før fylte 18 år. Den medisinske myndighetsalder er satt til 16 år jf pasl.§ 4-3 (1) bokstav b. Barn over denne alderen skal behandles som om barnet var voksent.

I utgangspunktet bortfaller foreldrenes bestemmelsesplikt når barnet når den medisinske myndighetsalder. Regelen er ikke absolutt og vil bli behandlet uttømmende i oppgavens punkt. 7.

⁸² Sandberg, kommentar til barneloven (rettsdata) note 80

⁸³ Lov av 9. Februar 1923 nr. 2 om personnavn

5.2 Pasientrettighetsloven

Pasientrettighetsloven ble endelig vedtatt i 1999, nesten 10 år etter første lovutkast til loven ble sendt ut til høring. Loven fastsetter grunnleggende retningslinjer om pasientens rettsstilling innenfor den enkelte helseenhet. Hovedfokuset i denne oppgaven vil ligge på respekt for pasientens rett til medbestemmelse, selvbestemmelse, integritet og informasjon.⁸⁴

Formålet med pasientrettighetsloven er lik tilgang til helsehjelp av god kvalitet til hele befolkningen jf. pasl § 1-1. Bestemmelsene skal danne ett tillitsforhold mellom den enkelte pasient og helsepersonellet, samt bidra til å respektere og sikre pasientens møte med det norske helsevesenet.

Barn under den medisinske myndighetsalder har et særskilt behov for beskyttelse på grunn av deres manglende samtykkekompetanse. Det er dermed foreldrene som er nærmest til å avgjøre og samtykke på vegne av barnet. Reglene om foreldrenes rett til samtykke og barnets medbestemmelsesrett er nærmere regulert i pasl. kapittel 4. Medbestemmelsesretten er viktig for barn innen det medisinske spekter. Grunnen til det er at forholdene er av personlig karakter og ett innhugg i barnets private sfære vil ha uheldige konsekvenser psykisk, samt frarøve retten over egen kropp og helse.

Den medisinske verden inneholder en del vanskelig ord og uttrykk. Det er satt ett krav om at helsepersonellet må tilpasse informasjonen som gis ut til pasientene, eller nærmere bestemt deres foreldre jf pasl. § 3-2. Pasientrettighetsloven kapittel 3 omhandler barnets krav til informasjon og hvordan helsepersonellet i denne sammenheng kan ta vare på pasientens tarv.

5.3 Samtykke til helsehjelp – Hovedregelen i pasl. § 4-1

I pasl. § 4-1 slås det fast at ”Helsehjelp kan bare gis med pasientens samtykke”. Begrepet samtykke har en enkel terminologi og går utpå at man kan gi uttrykk for sin viljeserklæring uten tvang eller press fra andre nærstående og/eller samfunnet. Tillatelsen eller godkjennel-

⁸⁴ Syse (2009) s. 59

sen fra pasientens side blir regnet som et slags minste felles multiplum, som må være tilstede for at man i det hele tatt kan snakke om et rettslig samtykke.⁸⁵

Kravet til samtykke er ikke den samme i alle sammenhenger. Det ligger i sakens natur at desto alvorlig og inngripende en situasjon er, desto strengere krav stilles det til samtykket. For eksempel vil en blodprøve ikke kreve store overveielser før samtykke avgis enn for eksempel ved sterilisering der det er påkrevet med skriftlighet.

Et samtykke foreligger også selv om det er gitt noe usikkert, for kravet om samtykke legger vekt på at en viljeserklæring er avgitt, hvorvidt det er basert på inngående kunnskap er ikke relevant. Kravet om samtykke vektlegges individuelt. Hvor et samtykke kan være tilstrekkelig i en situasjon, kan det være utilstrekkelig i en annen.⁸⁶

Hovedhensynet bak samtykkekravet er individets rett til selvbestemmelse.⁸⁷

Samtykket må være gitt uttrykkelig eller stilltiende. For å oppfylle vilkåret om gyldighet må samtykket også være et informert samtykke jf pasl § 4-1.

5.3.1 Samtykke på vegne av mindreårige

Ethvert inngrep den enkelte blir utsatt for må ha et gyldig rettsgrunnlag, enten i form av et gyldig samtykke eller med hjemmel i formell lov jf legalitetsprinsippet.⁸⁸

Det kan oppstå situasjoner der enkeltpersoner mangler faktisk eller rettslig samtykkekompetanse. I slike situasjoner er det oppsatt en del regelsett om at andre kan samtykke på vegne av de som mangler samtykkekompetansen jf. pasl §§ 4-4 - 4-7.

Den medisinske myndighetsalder er 16 år, og det er derfor foreldre eller andre med foreldreansvaret som vil være innehaver av et representert samtykke på vegne av barnet jf pasl. § 4-4 (1). Normalt er ikke barn i stand til å foreta en veloverveid avgjørelse medisinsk sett. De

⁸⁵ Aasen (2002) s. 243

⁸⁶ Ibid s. 244

⁸⁷ Ibid s. 244

⁸⁸ Ot.prp. Nr 12 (1998-1999) s. 77

mangler i større grad modenhet og kompetanse. Men det finnes tilfeller der barnet kan foreta veloverveide avgjørelser. Uansett kan det være rettmessig at voksne trer inn i barnets rolle og tar utgangspunkt i hva pasienten burde samtykke til, hvis det var i stand til det.⁸⁹

Ved et representert samtykke skal det legges vekt på at behandlingsopplegget som legges til grunn må være i pasientens ”beste interesse”.⁹⁰ Kravet er strengere ved et representert samtykke enn samtykke på vegne av en selv.⁹¹

Foreldreansvaret er bygget opp av to komponenter, med en bestemmelsesrett og en omsorgsplikt. Samtykkekompetansen gir foreldre en rett til å bestemme, men å sørge for at barnet får den nødvendige behandlingen gir holdepunkter for at omsorgsplikten er ivaretatt.

Foreldrenes samtykkekompetanse er ikke dermed gitt. Ved oppfyllelsen må det legges til grunn at de krav som stilles til de personelle, prosessuelle og materielle reglene er oppfylt på korrekt måte slik at samtykket kan ansees som gyldig.⁹²

5.3.1.1 De Personelle krav

Pasl § 4-4 (1) oppstiller de personelle kravene. Selv om bestemmelsen ansees å være overflødig, med tanke på at barnelovens regler tar utgangspunkt i det samme, er det likevel hensiktsmessig med en helhetlig bilde av samtykkereglene.⁹³

I følge loven er det ”foreldrene eller andre med foreldreansvaret..” som har samtykkekompetanse. Hvis samtykket avgis av de biologiske foreldrene, men uten at de er innehavere av foreldreansvaret ansees samtykket som ugyldig. Videre er det bestemt at foreldre med felles foreldreansvar må avgi samtykket i fellesskap. Hvis den ene unnlater å samtykke fordi vedkommende ikke er enig, ansees samtykket som ugyldig.⁹⁴

⁸⁹ Syse (2009) s. 304

⁹⁰ Ibid s. 304

⁹¹ Ibid. s. 295

⁹² Ibid s. 292 flg.

⁹³ IS-12/2004 s 33

⁹⁴ Avsnittet er basert på IS-12/2004 s. 33

Et unntak følger av barneloven, det gjelder tilfeller der foreldreansvaret innehas av begge foreldre, men barnet bor fast hos kun en av foreldrene. I dette tilfelle kan for eksempel mor som barnet bor fast hos samtykke på vegne av barnet til situasjoner som inngår i den daglige omsorgen. Hva som ansees som daglig omsorg må vurderes konkret. I dette tilfellet vil for eksempel et legebesøk med medfølgende blodprøve ansees som opprettholdelse av den daglige omsorg, mens samtykke til operasjon vil falle utenfor.⁹⁵ Overtas omsorgen for barnet av barnevernet vil den personelle kompetansen også overføres jf pasl. § 4-4 (3).

5.3.1.2 De Prosessuelle krav

Det gis ingen holdepunkter for hvilke prosessuelle krav som stilles til foreldrenes samtykkekompetanse i pasl. § 4-4. Det mest hensiktsmessige vil være å se hen på pasl. § 4-2. Bestemmelsen anfører at samtykke kan gis uttrykkelig eller stilltiende, mens det i særlige tilfeller kan kreves skriftlighet jf ”samtykke må foreligge med den kvalitet som kreves” Aslak Syse (2009) side 309. Utsagnet gir uttrykk for at hvis samtykket skal ansees som gyldig må den følge de reglene som er satt i den gitte situasjonen. For eksempel må det kreves et skriftlig samtykke ved medisinsk forskning.

Ved uttrykkelig eller skriftlig samtykke vet man at foreldrene har forstått den gitte situasjonen og aktiv deltar i behandlingen. Problemet melder seg først ved stilltiende aksept. På folke-
munne har man et utsagt som sier ”Den som tier, samtykker”. Gjelder det da også i den medisinske verden? I dette tilfelle må svare være nei, det er først gjennom konkludent atferd at man kan si at stilltiende aksept foreligger. Får å stadfeste om foreldrene samtykker gjennom konkludent atferd må det legges til grunn en vurdering av foreldrenes hendelsesforløp. Mor som løfter ungen og setter ham på sykesengen for så å kle av ham for nærmere undersøkelse og behandling vil i denne henseende være innenfor normene for stilltiende aksept. Selv om et stilltiende aksept er et gyldig samtykke, må formkravene respekteres der særlovgivningen krever det jf lex specialis-prinsippet.⁹⁶

⁹⁵ IS-12/2004 s. 33

⁹⁶ Avsnittet er basert på Syse (2009) s 293

5.3.1.3 De materielle krav

Et gyldig samtykket må videre ikke være beheftet med materielle mangler. Det ligger i sakens natur at foreldrene ikke kan samtykke til forhold som er i strid med lovens andre bestemmelser. For eksempel kan foreldrene ikke samtykke til barmhjertighetsdrap da det strider mot straffelovens § 233, jf, § 235.⁹⁷

Prinsippet om ”barnets beste” går som en rød tråd i henhold til et representert samtykke. BK art. 3 nr 1 fastslår at barnets beste er et grunnleggende hensyn hva gjelder saker som angår barn. Med andre ord kan gyldige avgjørelser ikke tas hvis de er i strid med barnets egne interesser.⁹⁸ For å belyse dette tar jeg hjelp av to typesituasjoner. Foreldre med sykt barn kan raskt bli desperate etter en mulig helbredelse for barnet. I denne situasjonen kan for eksempel foreldrene gyldig samtykke til en omstridt behandling med dårlige prognoser. Behandlingen kan være svært smertefullt. Spørsmålet er om behandlingen er hensiktsmessig og det beste for barnet? Er samtykket i strid med BK art. 3 nr 1, kan ikke behandlingen gjennomføres.

På den andre siden oppstår det samme problemet om foreldrene nekter barnet behandling. Er barnet i en livstruende situasjon, og har behov for blodoverføring kan ikke det nektes selv om det er i strid med foreldrenes religiøse overbevisning jf pasl. § 4-9.⁹⁹ Foreldrene kan ikke gyldig samtykke til forhold som strider mot andre bestemmelser. Helsepersonellet skal yte den behandlingen som er påtrengende nødvendig. En blodoverføring er påtrengende nødvendig og det beste for barnet.¹⁰⁰

Skulle det foreligge forhold der barnets medisinske behov ikke ivaretas av foreldrene i form av omsorgssvikt eller gyldig samtykke til omstridte behandlingsformer, kan omsorgen overtas av barnevernet jf bl. § 4-12. Fylkesnemnda kan beslutte om behandlingen skal gjennomføres med hjelp fra barnevernet eller hele foreldreansvaret skal overdras jf barnevernloven § 4-10.¹⁰¹

⁹⁷ Syse (2009) s. 293

⁹⁸ Ibid s. 230

⁹⁹ Ibid s 230

¹⁰⁰ se punkt 9.1.1

¹⁰¹ Syse (2009) s. 230

5.3.1.4 Oppsummering

Et representert samtykke på vegne av barn ansees å være gyldig når de materielle, personelle og prosessuelle vilkårene kan overprøves i ettertid.¹⁰² Slik jeg har vært inne på må samtykke være gitt på vegne av et barn under 16 år, stilltiende, uttrykkelig eller skriftlig, av foreldre eller de med foreldreansvaret. Videre må samtykket ikke være i strid med andre lovbestemmelser, prinsippet om barnets beste og ikke gå i strid med helsepersonellens hjelpeplikt etter helsepersonelloven § 7.

5.4 Barnets rett til informasjon

Helsepersonellet plikter å informere pasienten om nødvendig informasjon og innhold vedrørende pasientens helsetilstand jf pasl. § 3-2 om pasientens rett til informasjon. Det ligger i sakens natur at det er uforsvarlig om pasienten skal samtykke til noe vedkommende ikke har innsikt i. Det er på bakgrunn av denne informasjonen om helsetilstanden og behandlingsmetoden vedkommende kan avgi sitt samtykke.

Informasjonskravet til den som er innehaver av et representert samtykke begrunnes med at vedkommende skal kunne opprettholde foreldreansvaret som er bygget på en bestemmelsesplikt og omsorgsplikt. Helsepersonellet har dermed en opplysningsrett.¹⁰³

Slik jeg var inne på tidligere er det foreldre eller andre med foreldreansvaret som har rett til å samtykke på vegne av barn under 16 år jf pasl. §4-4. Siden det er foreldrene som har samtykkekompetansen, er det naturlig at foreldrene informeres om barnets medisinske tilstand.

Når barnet selv skal samtykke faller foreldrenes informasjonsrett bort. Pasl. § 3-2 må sees i sammenheng med bestemmelsene i pasl. § 3-4. Loven krever at både barnet og foreldrene eller de med foreldreansvaret informeres. Informasjonen er viktig for at foreldrene skal kunne avgi samtykke og barnet beholde sin medbestemmelsesrett.

¹⁰² Syse (2009) s. 292

¹⁰³ Ot.prp.nr 12 (1998-1999) merknad til § 3-4

Hensynet bak informasjonsretten er at foreldre og barn på best mulig måte ivareta sine rettigheter og behov. Informasjonsretten er en elementær forutsetning for barnets medbestemmelsesrett.

Det forventes ikke at foreldrene skal informeres om all tenkelig informasjon før tiltaket iverksettes. I loven er det kun gjort krav om ”nødvendig” informasjon jf Pasl. § 3-2.¹⁰⁴ Hva som regnes som nødvendig må vurderes konkret i den gitte situasjonen. Men hovedregelen er at nødvendig informasjon må være den informasjonen som legger grunnlag for et forsvarlig og tilstrekkelig beslutningsgrunnlag.¹⁰⁵

Ifølge loven har barnet krav på informasjon uansett alder og modningsnivå. Barnet skal videre opplyses om sin tilstand, behandlingsmetoder, risiko og bivirkninger.

Pasl. § 3-5 gjelder for alle pasienter og må sees i sammenheng med pasl §§ 3-2 (1) og 4-1, pasienten skal ha informasjon som er nødvendig for å få innsikt og forståelse av innholdet av helsehjelpen.¹⁰⁶ Pasl. § 3-5 oppstiller ingen generelle formkrav om hvordan informasjonen skal gis. Ordlyden åpner for at informasjonen skal være ”tilpasset mottakerens individuelle forutsetninger”. Det skal tas hensyn til barnets ”alder, modenhet, erfaring og kultur- og språkbakgrunn”. Det er derfor helsepersonellet som har det store ansvaret om å gi informasjonen på en hensiktsmessig måte.¹⁰⁷

Det er et krav om at informasjonen skal være individuelt tilpasset både for foreldrene og barnet. Samt kreves det at informasjonen som gis til barnet må være tilpasset barnets alder og utvikling jf pasl. §3-5.¹⁰⁸ En ti åring kan ikke informeres om leukemi på samme måte som en 15 åring.

¹⁰⁴ Syse (2009) s. 308

¹⁰⁵ Ibid s. 308

¹⁰⁶ IS-12/2004 s. 28

¹⁰⁷ Syse (2009) s 279

¹⁰⁸ IS-12/2004 s. 27

Informasjonen som gis til barnet må videre gis i samarbeid med foresatte. For eksempel bør en av foreldrene være tilstede når man ønsker å informere pasienten. Slik at mor eller far kan forklare hvis barnet er usikker eller skulle bli engstelig.¹⁰⁹

Pasl. § 3-2 annet ledd fungerer som en kontrollmekanisme. Der målet er å sikre at informasjonen er individuelt tilpasset. Bestemmelsen sier ”har forstått innholdet og betydningen av opplysningene”. Er informasjonen likevel ikke tilpasset, men barnet har forstått hva helsepersonellet ønsker å formidle er kravet om informasjon ivaretatt.

Ved språklig og kulturell barriere er det hensiktsmessig at informasjonen tilrettelegges korrekt. Helsepersonellet plikter midlertidig å innhente tolk eller bruke andre metoder for å forklare seg på best mulig måte. I enkelte kulturer og religiøse grupper kreves det at pasienten behandles av det samme kjønn. For eksempel vil en kvinne ønske å bli behandlet av en kvinnelig lege. Så langt det lar seg gjøre er det ønskelig med at slike behov tilpasses den enkelte pasient. Dette medfører at det kreves gode personlige egenskaper hos helsepersonellet samt en god fremstillingsevne.

Unntak fra hovedregelen om foreldrenes rett til informasjon følger av pasl. § 3-4 (2) - (3), og vil bli omtalt i det følgende.

6 Barnets rett til medbestemmelse i helserelaterte spørsmål.

Tidligere ble pasientens synspunkter tillagt liten betydning. Legen hadde det avgjørende ordet og pasienten var nødt til å rette seg etter legens anbefalinger. Forarbeidene påpeker at «sykdom leges ikke av leger, men ved legers hjelp. Helbredelsen skjer i pasientens kropp og med pasientens medvirkning»¹¹⁰. I dag har man den oppfatning at hvis behandlingen skal gi best mulig effekt kan det oppnås kun i *samarbeid* med pasienten.

¹⁰⁹ IS-12/2004 s. 27

¹¹⁰ Ot. prp. nr. 12 (1998-1999) s. 64

6.1 Pasientrettighetsloven § 4-4 fjerde ledd

På det medisinske aspektet reguleres barns medbestemmelsesrett i pasl. § 4-4 (4). Bestemmelsen legger an føringer for at barnet skal - før fylte 16 år - høres i saker som angår det personlig etter hvert som barnet ”utvikles og modnes”.¹¹¹ I kraft av foreldrenes bestemmelsesplikt er det hensiktsmessig at barnet høres før en beslutning blir tatt. På denne måten ivaretas barnets integritet og avgjørelser som blir tatt er i samsvar med det beste for barnet.

Medbestemmelsesretten i pasientrettighetsloven er en pasientrettighet. Pasientrettighetsloven § 1-3 definerer en pasient som følgende ”en *person* som henvender seg til helse- og omsorgstjenesten med anmodning om helsehjelp”. Barnet vil, om det ikke er pasient, ikke ha en rett til å være med på beslutninger som ikke angår det selv.

Hensynet bak medbestemmelsesretten er å gi barn og unge en rett til å være med på avgjørelser som angår dem. Når det gjelder medisinske spørsmål er det på det rene at barnet bør få uttale seg. Situasjonen er av personlig art, og alt som blir avgjort vil barnet føle på kroppen. Om det så er en blodprøve eller en omfattende operasjon. Barnet må få delta som hovedpersonen i sitt eget liv. Blir barnet neglisjert og ikke hørt kan ikke barnet utvikle seg som et selvstendig individ.

Foreldrenes oppgave bør være at de lar barnet få være med på å bestemme fra tidlig alder, på denne måten får barnet en ansvarsfølelse og en følelse av å bli hørt. Barnet vil da bli mer interessert i ting som angår en selv og ønske å uttale seg. Foreldre og helsepersonellet må være innforstått med at uansett alder så er det kroppen til det lille barnet som skal gjennomgå behandlingen, operasjonen, undersøkelse m.m. Barnet må ikke bli sett på som en gjenstand, som skal tolkes og forstås av kompetent helsepersonell. Barnet har snarere et krav på respekt og integritet da det må sees på som et selvstendig menneske.¹¹²

¹¹¹ pasl. § 4-4 (4).

¹¹² Kjønstad (2008) s. 258

6.2 Alderens betydning for medbestemmelsesretten

Pasientrettighetsloven operer med et skille mellom barn over 12 år og barn under 12 år. Det betyr ikke at barnet ikke har rett til å uttale seg hvis det er under 12 års grensen, men at vekten av barnets mening varierer. Barneloven derimot lar grensen gå ved 7 års alderen. Et interessant spørsmål er om disse ulike aldersgrensene er tiltenkt bevisst?

Etter lex-spesialis prinsippet kan det tenkes at pasientrettighetsloven har satt aldersgrensen med omhu, slik at reglene i pasientrettighetsloven skal gå foran reglene i barneloven.¹¹³ Forarbeidene antyder at ved opprettelsen av pasientrettighetsloven ble det lagt avgjørende vekt på at barneloven operer med en 12 års grense.¹¹⁴ Og det ble dermed lagt til grunn en 12 års regel også i pasientrettighetsloven. FNs barnekonvensjon ble inkorporert i norsk rett i 2003 og BK art.12 var uttrykkelig på at barnet skulle ha en uttalerett uansett alder. I lys av barnekonvensjonen måtte derfor bl. § 31 endres slik at bestemmelsene var i samsvar med barnekonvensjens regler, jf lex-superior prinsippet.^{115 116}

Norsk lovgivning kan ikke innskrenke barnets rett til medbestemmelse etter BK art. 12. Aldersgrensen i barneloven ble derfor nedjustert fra 12 til 7 år. Prinsippene om lex-spesialis og lex-posteriori gir få holdepunkter ved tolkningen. Flere lovbestemmelser ble endret når BK art. 12 ble inkorporert i norsk rett. Pasientrettighetsloven ble ikke endret. Dette må forstås slik at den absolutte grensen på 12 år er bevisst opprettholdt.

Barn under 12 års grensen må vurderes individuelt. Grunnen til det er at svært små barn ikke vil kunne kommunisere like godt verbalt. Men det er dermed ikke gitt at barnet ikke kan kommunisere på andre ikke verbale måter, slik som gjennom lek og kroppsspråk.¹¹⁷ Det forventes her av foreldrene at de vier barnet ekstra tålmodighet, kreativitet og forståelse. Som

¹¹³ Aasen (2008) s. 19

¹¹⁴ Ot.prp. nr 12 (1998-1999) s. 84-85

¹¹⁵ Menneskerettighetsloven § 3, jmf. § 2 nr. 4

¹¹⁶ Ot.prp.29 (2002-2003) s. 20

¹¹⁷ GC nr 7 (2005) avsnitt 14

nevnt tidligere forutsettes det ikke at barnet skal ha en formening om hele sakskomplekset, retten er også intakt om barnet kun uttaler seg om deler av saken.¹¹⁸

Det juridiske utgangspunktet for barn under 12 år er den relative vurderingen. Ved vurderingen legger BK art 12 vekt på at barnet må være ”i stand til å danne seg egne synspunkt”. Etter pasientrettighetsloven skal barnet gis en rett til å uttale seg ”Etter hvert som barnet utvikles og modnes” jf pasl. §4-4 (4). Barneloven legger opp til en vurdering om hvorvidt barnet er ”i stand til å danne seg egne synspunkt på det saka dreiar seg om” jf bl. § 31. Bestemmelsene tar utgangspunkt i det samme, nemlig at barnet skal ha en medbestemmelsesrett uavhengig av alder. Et annet moment som gjør seg gjeldende er at den relative vurderingen bør tas i samsvar med kompetent helsepersonell. For små barn er faren stor for at de blir satt på sidelinjen, mens foreldrene foretar de nødvendige avgjørelsene. I følge General comment nr. 7 bør selv svært små barn få lov til å uttale seg om sin tilstand.¹¹⁹

Den absolutte medbestemmelsesretten er fra fylte 12 til 16 år. I dette aldersmonnet skal barnets rett til medbestemmelse være av betydning jf pasl. §4-4 (4) sml. bl § 31 (2), BK art 12. Ved å legge til grunn en absolutt grense, slipper man å foreta den relative vurderingen. Barnet har en ukrenkelig rett til å være med å bestemme etter fylte 12 år uavhengig av modningsnivå.

Pasl. §4-4 må tolkes i lys av barnekonvensjonen som det grunnleggende utgangspunkt. Barnet skal ifølge konvensjonen få uttale seg fritt og uten påvirkning fra foreldrene, samt skal barnets synspunkter ha behørig vekt før foreldrene utøver sin bestemmelsesplikt ovenfor barnet.¹²⁰ I takt med barnets økende alder og modningsnivå vil graden av barnets mening endres frem til myndighetsalderen.

Barnets selvbestemmelsesrett utløses når barnet fyller 16 år.¹²¹ Selvbestemmelsesretten for barn mellom 16-18 er likevel ikke absolutt. Det kan forekomme tilstander og situasjoner der

¹¹⁸ Ot.prp.nr. 45 (2002-2003). Internett.

¹¹⁹ GC nr 7 (2005)avsnitt 14

¹²⁰GC. 4 (1991) avsnitt 32

¹²¹ Pasl. § 4-3 (1) bokstav b

det kan være nødvendig med foreldrenes samtykke fordi barnet ikke er modent nok til å ta en avgjørelse selv. Pasl. § 4-3 (1) bokstav b setter skranker for barnets selvbestemmelsesrett.¹²²

7 Barnets rett til selvbestemmelse i helserelaterte spørsmål.

7.1 Selvbestemmelse

I det følgende vil jeg behandle enkelte problemstillinger vedrørende barnets selvbestemmelsesrett i medisinske spørsmål. Selvbestemmelsesretten skiller seg fra medvirkningsrettighetene ved at den gir den enkelte individ det avgjørende ordet i saken. I fremstillingen videre vil skille mellom barn i alderen 16-18 år, 12-16 år og 0-12 år. Det vil bli lagt vekt på unntakene i særlovgivingen underveis.

Selvbestemmelsesretten kan utøves både positivt og negativt. Positiv selvbestemmelse regulerer forhold der barnet selv kan utforme sitt liv sprunget ut av barnets egne synspunkter¹²³. Det vil si barnet får en *frihet* til å bestemme. Frihet til selv bestemme behandlingsmetode, frihet til selv bestemme om det ønsker å bli undersøkt. Evnen til å treffe langsiktige valg tar tid å utvikle, små barn er dermed ikke godt egnet til å ta alvorlige avgjørelser på egenhånd. Den negative selvbestemmelsesretten regulerer retten til å ikke bli utsatt for uønsket medisinsk behandling.¹²⁴ I følge Aasen kan dette grovt deles inn i ”Retten til fravær av *tvang* og krav om et rettslig sett nødvendig og uttrykt *samtykke*” s. 37 (min uthevning).

I det følgende er spørsmålet hvilken rett barnet har til selvbestemmelse i medisinske spørsmål?

I dagens samfunn er individets rett til selvbestemmelse et grunnleggende verdisyn. Som et overordnet prinsipp om selvbestemmelse munnet ut fra EMK art 8¹²⁵ sier artikkelen at selvbe-

¹²² Se oppgavens punkt 7.1.1

¹²³ Aasen (2000) s. 37

¹²⁴ Ibid s. 37, jf punkt. 8

¹²⁵ Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen vedtatt 4. November 1950 (EMK)

stemmelsesretten er et nødvendig verktøy hvis individet psykiske og fysiske integritet skal ivaretas.

EMD, menneskerettighetsdomstolen, har uttalt at ved forståelsen av artikkel 8 skal det legges avgjørende vekt på at bestemmelsens kjerne er ”to protect the individuals against arbitrary action by the public authorities”¹²⁶ Andre eksempler på at retten til selvbestemmelse er gitt en sentral plass i loven er for eksempel EMK art 9 som styrker individets rett til valg av religion , art 11 om frihet til å melde seg inn og ut av foreninger og art 12 som gir gifteklare en rett til å selv bestemme over valg av ektefelle, samt inngåelse av ekteskap .

Et inngrep i privatpersoners sfære må ikke stride imot konvensjoner Norge er bundet av og annen nasjonal lovgivning. For eksempel uttaler Straffeloven ”Forbrydelser mod Liv, Legeme og Helbred”¹²⁷ er rettstridige handlinger. Helsepersonellet er avhengig av hjemmel i lov eller gyldig samtykke fra pasienten for at en ellers rettstridig handling kan ansees som rettmessig jf. legalitetsprinsippet.

Den alminnelige hovedregel er at når barnet blir myndig har det juridisk sett full råderett over saker som angår det selv jf. vrgml. § 1. ¹²⁸ Myndighetsalderen er satt til 18 år, og foreldrenes bestemmelsesplikt vil juridisk sett bortfalle. Men det har likevel blitt lagt til grunn at etter hvert som barnet modnes og blir i stand til å foreta fornuftige avveininger om sitt sakskompleks skal det gis større rett til selvbestemmelse om saker som angår barnet selv. jf bl. § 33.

I NOU 1977:35 er utvalgets syn som følgende ”Gir man de unge større og større selvbestemmelsesrett med alderen, utvikler de seg lettere til selvstendige mennesker” jf. Side 50. Det er dermed ikke gitt at retten til selvbestemmelse inntreffer før fylte atten år, barnet er likevel avhengig av sine foreldre. Bl. § 33 presiseres kun at det skal gis *stadig større* selvbestemmelsesrett.

I spesiallovgivningen finner vi flere bestemmelser som setter skranker for foreldrenes be-

¹²⁶ Aasen (2000) s. 328

¹²⁷ Almindelig Borgelig Straffelov av 22. Mai 1902 nr 10, kapittel 22.

¹²⁸ Lov om Vergemål (vergemålsloven) av 26. Mars 2012 nr 9

stemmelsesplikt før barnet er fylt 18 år. For eksempel er barnets meidisinske myndighetsalder 16 år jf. Pasl. § 4-3. Er barnet gravid før fylte 16 år, har det rett til å avslutte svangerskapet hvis det er ønskelig jf. abortloven § 4¹²⁹. Foreldrene har i denne henseende rett til å uttale seg, men skulle de gå imot barnets ønske om å avslutte svangerskapet kan det innhentes samtykke fra fylkesmannen om at inngrepet skal gjennomføres jf. abortloven § 9 litra a. Andre eksempler som belyser barnets rett til selvbestemmelse i spesiallovgivning er for eksempel bl. § 32 som gir barnet en rett til å melde seg inn og ut av foreninger i en alder av 15 år m.m. Økonomisk sett rår barnet over pengene han har inntjent på egenhånd forutsatt at barnet har fylt 15 år jf. vergemålsloven § 33

På den andre siden finner vi flere bestemmelser i lovverket som setter skranker for barnets rett til selvbestemmelse selv etter fylte 16 år. Selvbestemmelsesretten må vurderes etter hvilke evne barnet har til å forstå konsekvensene av det valg han foretar. For eksempel er inngrep som opphever en persons forplantningsevne eller kjønnsdrift et veldig drastisk inngrep som ikke kan reverseres. Alderen er derfor satt til 25 år før vedkommende kan fremsette krav om sterilisering jf. steriliseringsloven § 2. Inngrep som er av drastisk art er bevisst gitt innskrenkende myndighet.

Retten til selv å bestemme over saker som angår en, forsvares med at vedkommende må bli bedre rustet til å ta konsekvensene av det valg en har tatt. Derfor er det hensiktsmessig å la barnet få en gradvis rett til selvbestemmelse samtidig med at det modnes og eldes. Foreldreansvaret vil etter hvert som barnet blir eldre uttynnes og til slutt opphøre.¹³⁰

7.1.1 Selvbestemmelse for barn mellom 16-18 år

Når barnet har fylt 16 år, har det selv rett til å ta beslutninger hva gjelder egen kropp og helse. Foreldrenes rett til informasjon og samtykke faller bort. Bestemmelsen er likevel ikke absolutt og det er blitt gjort en rekke unntak fra hovedregelen i annen sær lovgivning (jf *lex specialis* prinsippet). I lovteksten fremgår det ”med mindre annet følger av *særlige lovbestemmelser* eller av *titakets art*” jf pasl. § 4-3 (1) bokstav b (min uthevnning).

¹²⁹ Lov om svangerskapsbrudd av 13. Juni 1975 nr 50.

¹³⁰ NOU 1977:35 s.47

Spørsmålet er hvilke ”særlige lovbestemmelser” setter skranker for barnets selvbestemmelsesrett? Det mest naturlige vil bli å ta utgangspunktet i lex specialis prinsippet. Prinsippet går kort og godt ut på at ved motstrid skal spesielle bestemmelser gitt på det aktuelle området gå foran de generelle reglene.

Transplantasjonsloven § 1(2) hvor vedkommende må være 18 år for å samtykke, eller steriliseringsloven § 2 som gjør krav på at vedkommende må være 25 år er eksempler på at den generelle regelen i pasientrettighetsloven § 4-3 (1) bokstav b må vike. Opphevelse av ens forplantningsevne må overveies konkret før beslutningen kan tas. Barn i ung alder kan ha vanskeligheter med å forstå gleden av det å få barn. En veltrent jente på 16 år ønsker kanskje ikke å utsette kroppen sin for den belastningen kroppen opplever under svangerskapet. En ung gutt på 20 år vil kanskje heller satse på karrieren sin enn det å få barn. Folk forandrer seg hele tiden og det er derfor satt strenge regler ved sterilisering - med god grunn.

Transplantasjon foretas for å verne om interessene til en tredjeperson.¹³¹ På dette området forlater man prinsippet om barnets beste. En nyretransplantasjon kan neppe ansees som det beste for barnet, selv om det er det beste for mottakeren (uavhengig om mottakeren er barn eller voksen). Det er satt strengere krav til transplantasjon for barn under 18 år. Lojalitet for en døende slektning kan svekke barnets dømmekraft, og det er derfor behov for en høyere aldersgrense ved transplantasjon. Andre inngrep som ikke er i barnets interesse vil naturligvis ha en høyere aldersgrense, dette gjelder også ikke-terapeutiske forsøk.¹³²

Det neste spørsmålet er om hva som etter ”tiltakets art” setter skranker for barnets selvbestemmelsesrett etter pasl. § 4-3 (1) bokstav b? Begrepet ”tiltakets art” må forstås om de medisinske spørsmål der det kreves særlig modenhet fra barnets side samt en veldig kritisk sans. Forarbeidene til loven utpeker deltakelse i forskningsprosjekter og annen eksperimentell behandling som forhold som kommer inn under begrepet ”tiltakets art”.¹³³ Ved deltakelse er det

¹³¹ Aasen (2000) s. 561

¹³² Ibid s. 561

¹³³ Ot.prp. nr. 12 (1998-1999) s. 83-84

gode grunner til at selvbestemmelsesretten fravikes og foreldrene får utvidet bestemmelsesplikt.¹³⁴

Når det gjelder kosmetiske operasjoner er man over i en gråsoner.¹³⁵ Hvor bør grensen gå for å la barnet samtykke til inngrep uten foreldrenes inngripen? Smith og Lødrup uttaler ”Etter vårt syn burde det ikke være adgang til å foreta fettsuging og brystoperasjon i det hele på mindreårige, både med og uten samtykke fra innehaver av foreldremyndigheten” s. 114. I gjeldende rett derimot har det blitt vist lite motstand når foreldrene har samtykket til for eksempel operasjon av barn med svært utstående ører.¹³⁶

Et tragisk utfall av å ikke gi foreldrene utvidet bestemmelsesrett kan belyses ut ifra fettsugingssaken. I 1993 begikk en 16 år gammel gutt selvmord. Gutten hadde oppsøkt en privatpraktiserende lege med ønske om å få utført en fettreducerende inngrep. Saken fikk enormt medieoppslag fordi gutten var normal slank og hadde ikke behov for et slikt inngrep. Bakgrunnen for selvmordet var at gutten led av spiseforstyrrelser. Kritikken besto i at legen burde ikke foretatt et slikt inngrep når han så at barnet var såpass ungt og ute av stand til å ta vare på seg selv. Legen ble kritisert til tross for at han ikke hadde kunnskap om barnets lidelse. Legen burde ha nektet, eventuelt informert de med foreldreansvaret slik at de på bakgrunn av sin bestemmelsesplikt kunne stanset inngrepet.¹³⁷ Aasen konkluderte i denne saken at hvis foreldrene hadde fått innvilget en utvidet rett til samtykke og informasjon ville foreldrene på bakgrunn av det nekte gutten operasjon. Smith derimot støtter ikke denne påstanden.

I følge rundskrivet fra Helsedepartementet I-8/2003 er det nå innført en nedre aldersgrense på 18 år for kosmetisk kirurgi. Statssekretær Kristin Ravnanger i Helsedepartementet uttaler følgende ”Vi ønsker å tydeliggjøre at vi ikke vil ha useriøsitet i bransjen, og samtidig stadfeste at vi faktisk har 18 års aldersgrense for å samtykke til kosmetiske inngrep”¹³⁸. Irreversible inngrep slik som plastisk kirurgi er nå ikke tillatt på personer under 18 år og setter skranker for barnets selvbestemmelsesrett etter pasientrettighetsloven. § 4-3 (1) bokstav b.

¹³⁴ Avsnittet er basert på Smith og Lødrup (2006) s. 123

¹³⁵ Aasen (2000) s. 237

¹³⁶ Smith og Lødrup (2006) s. 115

¹³⁷ Saken er behandlet i Aasen (2000) s. 237-238, 561-562

¹³⁸ VG-nett 27.06.2003

Selvbestemmelsesretten kan også bortfalle som en følge av ”fysiske eller psykiske forstyrrelser, senil, demens eller psykisk utviklingshemming”.¹³⁹ Konsekvensene er at pasienten fratras den rettslige handleevnen. Det er et krav om at pasienten ”åpenbart” ikke kan samtykke til behandlingen. Det skal mye til for at samtykkekravet bortfaller på dette grunnlag, det avgjørende er om også forståelsen er svekket.¹⁴⁰ Forstår barnet situasjonen, men ønsker at foreldrene tar den avgjørende beslutningen må dette respekteres. Barnet har en rett til selvbestemmelse og ingen tvungen plikt til å bestemme.¹⁴¹ Unntaket gjelder både for barn mellom 16-18 år og for myndige personer.

Foreldrenes bestemmelsesplikt er begrenset av barnets selvbestemmelsesrett.¹⁴² På det medisinske plan bortfaller foreldrenes bestemmelsesplikt, men i kraft av foreldrenes omsorgsplikt etter bl. § 30 er de avhengig av nødvendig informasjon fra helsepersonellet for å ivareta barnets interesser. I utgangspunktet bortfaller foreldrenes informasjonsplikt samtidig med samtykkekompetansen. Pasl. § 3-3 gir pasienten en rett til å holde opplysningen for seg selv, og utløser en taushetsplikt for helsepersonellet.

Pasl. § 3-4 (3) kan dog sette helsepersonellets taushetsplikt i forhold til barnet til side. Informasjon som ansees som ”nødvendig” må gis til foreldrene slik at de på denne måten kan oppfylle omsorgsplikten overfor barnet. Spørsmålet er om hva som ansees som ”nødvendig” informasjon? Informasjonsplikten omfatter ikke en full utredning av barnets helsetilstand. Forhold som kommer under ”nødvendig” informasjon er om det er overhengende fare for barnets liv som for eksempel selvmord eller at barnet lider av alvorlig fysisk eller psykisk lidelse, slik som alvorlige spiseforstyrrelser.¹⁴³

Et eksempel som kan belyse dette er om en 17 åring blir innlagt på sykehus med alkoholforgiftning. Gutten vil kvie seg for å opplyse foreldrene. Helsepersonellet plikter i utgangspunktet å holde informasjonen tilbake jf. pasl. § 3-3. Men foreldrene kan ikke utøve sin plikt til å

¹³⁹ Pasl. § 4-3 (2)

¹⁴⁰ Aasen (2000) s. 562

¹⁴¹ Aasen (2000) s. 562

¹⁴² NOU 1977:35 s. 45

¹⁴³ Avsnittet er basert på Syse(2009) s 278

dra omsorg for barnet om de ikke blir informert. I dette tilfellet er helsepersonellet pliktet til å informere foreldrene, og gi beskjed om hvor barnet befinner seg.¹⁴⁴

Ved ivaretagelsen av foreldrenes informasjonsplikt etter pasientrettighetsloven § 3-4 er det viktig å bemerke at ved vurderingen skal det enkelte tilfellet vurderes konkret og uavhengig av andre lignende tilfeller.¹⁴⁵

Bestemmelser som setter skranker for individets rett til selvbestemmelse ser vi oftere rundt om i lovverket.¹⁴⁶ Hensyet er å verne individet, samt er man usikker på om vedkommende er moden nok til å foreta en veloverveid avgjørelse. Begrensninger på selvbestemmelsesretten finner vi snart i alle sektorer som i strafferett, sosialforsikringsrett, sosialrett og sist men ikke minst i pasientrettighetsloven jf. pasl. § 3-4.

7.1.2 Selvbestemmelse for barn mellom 12 og 16 år

Avgjørelsesmyndigheten ligger hos foreldrene inntil barnet ikke har nådd den medisinske myndighetsalder på 16 år jf. Pasl. § 4-4 (1). Et samtykket må dermed innhentes fra foreldrene eller de med foreldreansvaret.¹⁴⁷

I praksis har det forekommet tilfeller der barn under den medisinske lavalder har kontaktet helsepersonellet for å få legehjelp, foreta undersøkelser, motta medisinsk veiledning og lignende. Spørsmålet er i denne henseende om hvorvidt barnet mellom 12-16 år kan samtykke på vegne av seg selv? Loven gjør krav på delt samtykke, ifølge pasl. § 3-4 (1) skal både pasienten og foreldrene informeres før samtykket skal avgis.¹⁴⁸ Men ved motstrid skal i utgangspunktet foreldrenes syn legges til grunn. Pasl. § 3-4 (2) begrenser den vide rekkevidden til Pasl. § 4-4.¹⁴⁹

¹⁴⁵ Syse (2009) s. 256, 278

¹⁴⁶ Rynning (1994) s. 127

¹⁴⁷ Se punkt. 5.3.1

¹⁴⁸ Aasen (2008) s 10

¹⁴⁹ Ibid s. 10

Barn mellom 12-16 år har rett til at deres integritet ivaretas om det kan dokumenteres at opplysningene bør holdes tilbake når ”pasienten av grunner som bør respekteres, ikke ønsker dette” jf. pasl. § 3-4 (2). Ifølge hlspl § 21 har helsepersonellet taushetsplikt ovenfor foreldrene. Kravet har vid støtte i juridisk teori, og gir barnet rett til samtykke hvor det er behov for taushet ovenfor foreldrene.¹⁵⁰

7.1.2.1 ”Grunner som bør respekteres” – pasl. §3-4 (2).

I det følgende vil jeg gå inn på forhold som kommer inn under begrepet ”grunner som bør respekteres” jf. pasl. § 3-4 (2), samt belyse hvordan bestemmelsene legges til grunn ved særlige tilfeller. Spørsmålet er hvilke grunner helsepersonellet må respektere etter pasl. § 3-4 (2)?

Det vil fra tid til annen foreligge forhold om barnets helsetilstand der det mest hensiktsmessige vil være at foreldrene ikke informeres.¹⁵¹ Hensynet bak bestemmelsen er å sikre at barnet oppsøker helsetjenesten uten frykt for at foreldrene vil bli informert.¹⁵² Uten en slik bestemmelse vil mange kvie seg for å ta kontakt, og man vil dermed få en negativ effekt enn det helsepersonellet skal ivareta.

Spesielt vil bestemmelsen angripe forhold hvor det foreligger motsetning mellom foreldrenes og barnets syn på saken, samt ulike overbevisningsgrunner. Andre grunner av betydning kan være hvor barnet er lettere psykisk syk på grunn av problemer (vold, mishandling) i hjemmet eller på skolen.¹⁵³ Her må barnet få kontakte helsesøster på skolen uten at foreldrene må informeres om saken.

Ved mer alvorlige psykiske tilstander hos barnet, som kan utløse rusmisbruk, vold og eventuelt mulighet for selvskading, må foreldrene ha informasjon om, sett i lys av foreldrenes omsorgsplikt.¹⁵⁴ Pasl. § 3-4 avskjærer ikke foreldrenes rett til å dra omsorg for barnet.

¹⁵⁰ Ot. prp. Nr. 12 (1998-1999) s. 131, Ot. prp. Nr 65 (2005-2006) s. 34, Aasen (2008) s. 11-12, Syse (2009) s. 277.

¹⁵¹ Ot.prp.nr 12 (1998-1999) merknad til § 3-4

¹⁵² Aasen (2008) s. 10

¹⁵³ Ot.prp.nr 12 (1998-1999) merknad til § 3-4

¹⁵⁴ Aasen (2008) s. 11

Ved forståelsen av hvorfor ”grunner som bør respekteres” er viktig for barnets beste ønsker jeg å gå nærmere inn på to problemstillinger; retten til å få tildelt prevensjon i tidlig alder og retten til selvbestemt abort.

Det er hevdet i teorien at råd om seksualitet og prevensjon må kunne gis uten at foreldrene har blitt informert og samtykke er blitt innhentet.¹⁵⁵ Det er dokumentert at nesten hver femte gutt og jente debuterer seksuelt før fylte 16 år.¹⁵⁶ Spørsmålet er om barnet har en rett til å samtykke til reseptbelagte prevensjonsmidler uten at foreldrene blir informert?

I første omgang er det hensiktsmessig at barnet blir gjort trygg på sin seksualitet og får den informasjonen som er nødvendig for å ivareta barnets interesser. Barnets rett til prevensjon i tidlig alder har utløst kritikken om at man på denne måten oppfordrer barnet til utuktig omgang jf straffeloven §§195 og 196. Prevensjonsveiledning kan ikke ansees som noe lovbrudd.¹⁵⁷ I så fall er det den gynekologiske undersøkelsen i forkant som kan utløse straffelovens bestemmelser om legemskrenkelse, hvis det ikke foreligger gyldig samtykke.¹⁵⁸

Barnet har rett til å bestemme over sitt eget seksualliv og utgangspunktet er at om barnet har fått en rett til å bruke reseptbelagte prevensjonsmidler må barnet også få en rett til samtykke for oppfølgende undersøkelser, behandling, innsetting av spiral og lignende. Kirsti Coward LoR 1982 sier at hvis barnet er i stand til å be om prevensjon, har den allerede da vist tilstrekkelig modenhet til å bestemme over sin egen seksualliv. Det er veldig få foreldre som vil være enig i at barnet i tidlig alder debuterer seksuelt. Samtidig er dette svært personlig og det hensiktsmessige er at den unge jenta uavhengig av alder kan bestemme fritt i spørsmål om prevensjon.¹⁵⁹ På den andre siden kan det være hensiktsmessig med at foreldrene er informert. P-piller har som kjent en del bivirkninger. Faren for blodpropp økes. I en slik situasjon kan det spørres om jentas rett til å bestemme over eget seksualliv veier tyngre enn foreldrenes rett til

¹⁵⁵ Syse (2009) s. 255

¹⁵⁶ Sexogsamfunn.no 2014

¹⁵⁷ Smith og Lødrup (2006) s. 126

¹⁵⁸ Ibid. s. 126

¹⁵⁹ Avsnittet er basert på Smith og Lødrup (2006) s. 126-127

informasjon om mulige bivirkninger? Spørsmålet er omstridt og vil av plasshensyn ikke utdypes ytterligere.

Abortloven § 4 (1) setter ingen aldersgrense for når kvinnen kan begjære abort.

Utgangspunktet er at foreldrene gis anledning til å *uttale* seg om sakskomplekset når barnet er under 16 år jf §4 (1). Et unntak følger av abl. § 4 (1) annet punkt, hvor foreldrenes rett til uttalelse og informasjon innskrenkes om det foreligger ”særlige grunner” . Spørsmålet er hvilke ”særlige grunner” som må foreligge slik at foreldrenes rett til uttalelse og informasjon bortfaller?

Abortforskriften gir anvisning på hvilke momenter som bør legges til grunn ved vurderingen. Det er i første omgang legen eller nemnda som skal avgjøre om det foreligger ”særlige grunner”. I helhetsvurderingen må legen legge til grunn ” kvinnens alder og modenhet, hennes forhold til sine foreldre, om hun bor utenfor hjemmet og om hun forsørger seg selv. Dersom kvinnen aktivt motsetter seg at foreldrene skal få uttale seg, har hun nådd en viss grad av modenhet”, Abortforskriften (2005) merknad til § 5. Vil informasjon til foreldrene utløse sterke reaksjoner mot jenta taler dette også for at informasjonen bør holdes tilbake.¹⁶⁰

Abortloven er en særlov og går foran de generelle bestemmelsene i pasientrettighetsloven jf. *lex specialis* prinsippet. Regelen om ”særlige grunner” veier tyngre og er mer innskrenkende enn pasl. § 3-4 krav om ”grunner som bør respekteres”.¹⁶¹ Det er til hensyn til kvinnen at abort tillates.¹⁶²

Ved vurderingen om grunnen barnet oppgir er plausibel må det ikke tillegges en streng terskel. Ønsker barnet at foreldrene ikke informeres må dette respekteres for ivareta barnets tarv. Formålet med bestemmelsene er å sikre at barn får den helsehjelp de trenger.¹⁶³ Til syvende og sist må det foretas en konkret avveining. Hvor barnets tillit til helsevesenet og barnets behov for taushet veies opp mot foreldrenes behov for informasjon.¹⁶⁴

¹⁶⁰ Avsnittet er basert på abortforskriften (2005) merknad til § 5

¹⁶¹ Abortforskriften (2005) merknad til § 5

¹⁶² Halvorsen (1998) s. 103

¹⁶³ Aasen (2008) s. 11

7.1.3 Selvbestemmelse for barn under 12 år.

Pasientrettighetsloven gir ingen klare føringer på barnets rett til selvbestemmelse når barnet er under 12 år. Henriette Sinding Aasen uttaler i sin artikkel om barns rett til selvbestemmelse og medbestemmelse i beslutninger om helsehjelp ”Det avgjørende er etter min mening at det dreier seg om kurant behandling, at foreldrene ikke kan nås og at barnet selv ber om og trenger behandling.” s. 12

Spørsmålet er hvilke behandlingsformer barn under 12 år kan samtykke til?

Behandlingsformer som faller utenfor er typisk bandasjering, rensing av sår og det å legge på en ispose. Slik behandling kan også gis av en uten helsefaglig utdanning og er ikke helsehjelp i lovens forstand.¹⁶⁵ Barnet må ha rett til å oppsøke legen på egenhånd ved akutt behov.

Er behandlingen alminnelig og rutinemessig, kan barnet samtykke til behandlingen. Jeg ønsker å illustrere dette med et eksempel. Kai er 9 år og har fått et kutt i armen. Han blir fulgt av sin lærer til legekontoret. Foreldrene er ikke å få tak i. Behandlingen han trenger er ett par sting utført av legen. Kan Kai på egenhånd samtykke til behandlingen? Dette er en situasjon hvor man presumerer at foreldrene til Kai hadde samtykket. Behandlingen er ikke særlig risikofylt, og behovet for å sy såret er større. Det foreligger derimot ingen nødsituasjon og Kai kan i grunn vente på foreldrenes samtykke. Men likevel bør slik alminnelig behandling kunne utføres etter samtykke fra barnet alene.¹⁶⁶ Også hlspl § 7 trekker i samme retning, bestemmelsen påpeker at helsepersonellet skal yte øyeblikkelig hjelp selv om det ikke foreligger et samtykke.

Ved alvorligere tilfeller er det påkrevet med foreldrenes samtykke. Alvorlige tilfeller kan her være kirurgi, eller amputering. Foreligger det høy risikofaktor må det kreves foreldrenes sam-

¹⁶⁴ Kandidat nr 524 (2011) s. 24

¹⁶⁵ Aasen (2008) s. 13

¹⁶⁶ Ibid s. 567

tykke før behandlingen iverksettes.¹⁶⁷ Vi er da igjen over på pasl. § 4-4 (1) som gir foreldrene en rett til samtykke på vegne av barnet.

Foreldrene har krav på informasjon angående barnets sakskompleks. Etter endt behandling må foreldrene når de er å få tak i bli informert om saken.¹⁶⁸ Kravet om ”grunner som bør respekteres” vil ikke ha særlig vekt, da barnet er meget ung.¹⁶⁹

8 Barnets rett til medbestemmelse når barn og foreldre er uenige

8.1 Innledning

I det følgende vil det bli lagt vekt på to typesituasjoner henholdsvis barnets rett til å motsette seg behandling og barnets rett til å motta behandling. Vi skal dermed se på barnets rett til medbestemmelse på det negative og det positive plan. Spørsmålene vil bli besvart med disse prinsippene som bakteppe; prinsippet om foreldreansvaret, barnets beste, barnets rett til medbestemmelse og barnets rett til selvbestemmelse.

Forutsetter i det følgende at pasl. § 3-4 (1) ikke kommer til anvendelse, og at det er foreldrene i sin helhet som samtykker på vegne av barnet jf. pasl. § 4-4 (1). Barnet har i utgangspunktet ingen formell samtykkekompetanse, men en rett til å bli hørt i tråd med barnets modenhet, innsikt og forståelse slik at barnet kan uttale seg om forhold som angår barnet selv.

Det stilles krav til helsepersonell og foreldre at barnets mening respekteres. Siden kropp og helse er av svært personlig art, er det hensiktsmessig at både barnet og foreldrene samtykker i fellesskap. Smith og Lødrup fremhever at en gjensidig vetorett vil være det beste for barnet.

¹⁶⁷ Aasen (2000) s. 567

¹⁶⁸ Ibid s. 13

¹⁶⁹ Se oppgavens punk. 7.1.2

8.2 Barnets rett til å motsette seg behandling

I praksis har det forekommet tilfeller der barnet har motsatt seg behandling. Det kan være ulike grunner til det; behandlingen er mer smertefull enn det gevinsten er, eller ulike overbevisnings grunner har ført til at barnet nekter behandling og lignende.

Sett i lys av de rettsvirkninger som gjør seg gjeldende ved å avgi et representert samtykke på vegne av barnet kan man spørre; Kan behandlingen påtvinges den mindreårige ved å ta utgangspunkt i foreldrenes samtykke?¹⁷⁰

Pasl. §4-5 gir foreldrene en rett til å samtykke på vegne av barn mellom 16-18, hvis barnet selv ikke er i stand til det. Bestemmelsen påpeker også at om barnet ikke ønsker behandlingene skal dette respekteres. En slik regel finner vi ikke i § 4-4. Spørsmålet er om vi kan innfortolke en slik regel også på dette området? Aasen diskuterer dette i sin artikkel om *Barnets rett til selvbestemmelse og medbestemmelse i beslutninger om helsehjelp*. Hun påpeker at man kan tolke dette antitetisk, lovgiver har bevisst utelatt en slik regel fordi den ikke skal gjelde mindreårige, eller at man kan tolke det analogisk og konstatere at bestemmelsen også vil regulere mindreåriges rett til å motsette seg behandling. En analogisk anvendelse av bestemmelsen vil ha negative virkninger i henhold til for eksempel psykisk helsevernloven § 2-1 (1) og (2). I følge loven kan barn mellom 12-16 år tvinges til behandling med grunnlag i foreldrenes representerte samtykke. For å ivareta barnets interesser er det pålagt kontrollkommisjonen at de godkjenner behandlingen først ¹⁷¹. På bakgrunn av dette påpeker Aasen at også somatisk behandling må kunne gjennomføres etter samtykke fra foreldrene.

For å illustrere barnets faktiske innflytelse og hvilke momenter som gjør seg gjeldende ved helhetsvurderingen tar jeg utgangspunkt i konkrete sakskompleks for å belyse det nærmere.

Jens er 10 år. Kreftsyk og mottar nå kun livsforlengende behandling. Spørsmålet er om kreftsyke Jens kan *tvinges* til å ta cellegift, dersom han ikke ønsker det og er klar over at dette på sikt uansett vil ende med døden?

¹⁷⁰ Aasen (2008) s. 21

¹⁷¹ Avsnittet er basert på Aasen (2008) s. 22-23

Barnet har ikke en automatisk rett til å motsette seg behandling.¹⁷² Siden dette er en tilstand med dårlige muligheter for helbredelse og hensikten med behandlingen er kun å utsette døden med noen ekstra dager/uker. Er det ønskelig at man i respekt for barnets integritet lar barnets mening få avgjørende vekt.¹⁷³ I en slik situasjon bør barnet på samme måte som voksne ha krav på respekt og rett til å treffe ”uheldige” valg.¹⁷⁴ Foreldrene til Jens vil selvfølgelig motsette seg et slikt krav fra barnet, men er barnet innforstått om sin tilstand og viser *modenhhet* er det ingenting som tilsier at man ikke burde la barnet få bestemme. Barnets modenhetsnivå og forståelse må tillegges vekt, samt er det viktig å vise respekt for barnets synspunkter etterhvert som det blir eldre.¹⁷⁵ Halvorsen påpeker at ”Foreldrenes rett til å bestemme er sterkere jo sterkere den medisinske indikasjon for undersøkelse eller behandling er, og foreldrenes rett blir svakere ettersom barnet blir mer modent”¹⁷⁶.

Hadde utfallet derimot vært motsatt, det vil si at utfallet av cellegiftbehandlingen hadde hatt gode forbedringsutsikter ville selv *tvang* overfor barnet kunne forsvares. Det tas da forbehold om at man gjentatte ganger har forsøkt å samarbeide med barnet.¹⁷⁷ Man skal da ha forsøkt å overtale barnet slik at barnet ikke føler seg krenket. En tvungen behandling kan oppleves som traumatisk for barnet.

Ved vanskelige risiko avveininger kan det være hensiktsmessig å få hjelp fra kompetent helsepersonell for å foreta en forsvarlig vurdering¹⁷⁸. Etter helsepersonell loven har helsepersonellet en lovfestet plikt til å foreta behandlingen i samsvar med ”faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp” jf. hlspl § 4 (1). I helhetsvurderingen er likevel barnets medbestemmelsesrett kun et avveieende moment ved avgjørelsen.

Et annet sakskompleks som jeg ønsker å drøfte er situasjonen når undersøkelse, behandlingen og lignende i grunn ikke har noen vesentlig hensikt overfor barnet.

¹⁷² Pasl. § 4-9 (2) jf (3)

¹⁷³ Aasen (2000) s. 565

¹⁷⁴ Ibid s.565

¹⁷⁵ BK art. 12, bl § 31.

¹⁷⁶ Halvorsen (1998) s. 94

¹⁷⁷ Aasen (2000) s. 565

¹⁷⁸ Aasen (2008) s. 22

15 år gamle. Fatima kommer fra en muslimsk familie. Foreldrene ønsker å vite om hun er seksuelt aktiv. Når foreldre og barn har motstridende interesser og en av partene ikke ønsker å vite resultatet kan motsetninger oppstå. Det er først i slike situasjoner barnets faktiske innflytelse kommer på spissen. Barn som er nær aldersgrensen vil lettere få en selvstendig samtykkekompetanse enn barn som er mye yngre.¹⁷⁹ Å bli undersøkt er ikke det beste for Fatima i dette tilfellet og foreldrenes bestemmelsesplikt svekkes. I forbindelse med dette påpeker Aasen: ”..hensynet til barnets integritet gjør seg sterkere gjeldende i situasjoner der det er tale om å iverksette et inngrep mot barnets vilje, sammenlignet med situasjonen der barnet ønsker behandling og foreldrene ikke.”¹⁸⁰ Det er også oppslutning i juridisk teori at barnet har større rett til å motsette seg behandlingen enn til å samtykke til behandlingen.¹⁸¹

Bakgrunnen for foreldrenes bestemmelsesplikt forsvares med at barnet ikke er i stand til å foreta en fornuftig avgjørelse selv. I dette tilfellet er Fatima innforstått med konsekvensene av undersøkelsen. Og situasjonen tilsier at Fatimas faktiske innflytelse bør vektlegges.

På den annen side kan irrasjonelle valg og synspunkter fra barnets side ignoreres. Et eksempel som kan belyse dette er om barnet har diabetes og motsetter seg behandling. Diabetes er en alvorlig lidelse og krever streng regulering gjennom kosthold og medisiner. Neglisjering av tilstanden kan føre til akutt innleggelse og omfattende helseskader. I denne sammenheng vil det mest hensiktsmessige være å samarbeide med barnet og gi tilpasset informasjon sett i lys av barnets modenhetsnivå og alder. Med hjemmel i hlspl § 7 kan helsepersonellet ved akutte situasjoner ty til øyeblikkelig hjelp uten at det foreligger et samtykke. I denne sammenheng vil det være en akutt situasjon når barnet må til legevakten når sykdommen har forverret seg.

Aasen mener at man ikke alltid bør vente med behandlingen før vi står ovenfor en øyeblikkelig hjelp situasjon. Det hensiktsmessige ifølge henne er at man bør la barnet komme inn på

¹⁷⁹ Syse (2009) s. 316

¹⁸⁰ Aasen (2000) s. 563

¹⁸¹ Aasen (2000) s. 563, Smith (2006) s. 123, Rynning (1994) s. 287

legevakta etter første gangs nekting før man kan starte medisiner og behandling mot barnets vilje.¹⁸²

I et annet typetilfelle kan foreldrenes rett til omsorgs utløse tvang ovenfor barnet. Ved omsorgssvikt kan foreldrene bli fratatt foreldreansvaret. Et eksempel som kan belyse dette er følgende. Martin er 12 år og driver med rusmisbruk. Foreldrene ønsker å få dette bekreftet.

I motsetning til scenarioet ovenfor er det til det beste for Martin at en undersøkelse foretas. Selv om Martin per dags dato ikke ønsker å bli konfrontert av foreldrene er det på sikt det beste for ham at foreldrene får vite om saken og kan aktiv gripe inn. Når barnet motsetter seg helsehjelp, får den karakter som et tvangsinngrep.¹⁸³ I dette tilfellet er tvangsadgangen større enn i forrige scenario. Ved motstrid er det hensiktsmessig å la helsepersonellet ta den konkrete vurderingen om hva som er det beste for barnet. På den annen side kan helsepersonellet ikke ta ett standpunkt om hva som er det beste for Martin om de ikke får undersøkt ham fullstendig.

Selv om 12 års grensen sees på som en milepæl om retten til medbestemmelse i medisinske spørsmål, sier det ingenting om hvor mye vekt barnets mening skal ha. I relasjon til medisinsk behandling må graden av modenhet og barnets faktiske vurderingsevne sees på bakgrunn av inngrepets art og alvorlighetsgrad. Samt hvor stor sjansene for helbredelse er, barnets helsetilstand, om barnet samtykker eller motsetter seg behandlingen og om vanskeligheten av risikoavveininger.¹⁸⁴

8.3 Barnets rett til behandling hvor foreldrene ikke samtykker

I dette typetilfellet er vi over på tilstander der barnet ønsker behandling, undersøkelser og lignende, men foreldrene i kraft av sin bestemmelsesplikt benekter barnet. Eksempler kan her være blodoverføring, annen eksperimentell behandling og vaksinasjon. Bakgrunnen for foreldrenes bestemmelsesplikt er nettopp det faktum at barnet ikke er i stand til å foreta en fornuftig avgjørelse. Ved tolkning av konfliktsituasjonene er det hensiktsmessig å ta utgangspunkt i dette hensynet.

¹⁸² Aasen(2008) s. 23

¹⁸³ Aasen (2000) s. 563

¹⁸⁴ Ibid. s. 563

Spørsmålet er om det foreligger en utvidet samtykkekompetanse for barnet? I hvilke situasjoner kan barnet ha rett til behandling hvor foreldrene ikke samtykker?

Hovedregelen i pasl. § 4-4 er at foreldrene samtykker på vegne av barnet. Det betyr at barnet ikke på egenhånd kan samtykke. Slik jeg har vært inne på tidligere har barnet en lovfestet rett til at deres mening vektlegges før beslutningen tas. Har behandlingen eller undersøkelsen gode grunner for seg, kan ikke barnets mening uten videre forkastes.¹⁸⁵

Et eksempel som kan belyse dette er adgangen til få HPV-vaksinen i barnevaksinasjonsprogrammet for 7.klasse barna.¹⁸⁶ Infeksjonen kan smittes gjennom seksuell samkvem og kan i 10 % av tilfellene utvikle seg til en vedvarende infeksjon som kan lede til livmorhalskreft.¹⁸⁷ Nelia er 13 år og vil bli vaksinert slik at hun er rustet mot en eventuell smitte senere i livet. Foreldrene mener vaksinasjonen er nødvendig og retter seg ikke etter Nelias ønske. Spørsmålet er om foreldrenes nektelsesadgang er absolutt? I første omgang er det viktig å legge til grunn at selv om det er en del bivirkninger er helsegevinsten større. Nelia vil unngå smitte og kan i fremtiden være trygg på at hun ikke blir rammet av livmorhalskreft. Et annet moment som kan lede oss mot det endelige resultat er om det foreligger noen form for risiko. Er behandlingen risikofylt, vil det gi foreldrene større adgang til å nekte behandlingen. Ved en eventuell nektelse krenkes ikke barnets integritet på samme grove måte som ved tvungen behandling. Men flere forhold peker i retning av at barnet bør bli hørt, og foreldrene bør legge til grunn barnets mening.

Foreldre som ikke besørger at barnet får den nødvendige omsorg og helsehjelp kan etter barnevernloven § 4-10 bli tvunget til å gjennomføre omsorgsplikten. Bestemmelsen kan brukes både ovenfor foreldre som nekter behandling og barnet som nekter å motta behandling.¹⁸⁸

¹⁸⁵ Aasen (2008) s. 25

¹⁸⁶ www.fhi.no (2010) Vaksine mot HPV (Humant papillomavirus)

¹⁸⁷ folkehelseinstituttets informasjonhefte til barn og foreldre (2010) s. 3

¹⁸⁸ Aasen (2000) s. 566

9 Hvordan sikre barnets rett til medbestemmelse og selvbestemmelse i medisinske spørsmål?

I det følgende vil jeg ta opp hvordan man på best mulig måte kan *sikre* barnets rett til medbestemmelse og selvbestemmelse i medisinske spørsmål. Helsepersonellets plikt til å gi mindreårige nødvendig helsehjelp vil ikke bli drøftet, da det faller utenfor oppgavens rammer.

9.1 Helsepersonellets plikter

Helsepersonellet plikter å gi pasienter forsvarlig helsehjelp jf hlspl § 4.¹⁸⁹ Begrepet forsvarlighet har en rettslig standard. Bestemmelsen hjemler både subjektive og objektive elementer som varierer ut fra hva det kan forventes av de ulike grupper helsepersonell. Normen er i stadig endring og derfor vil forventningene vi har til helsepersonellet variere.¹⁹⁰ Spørsmålet er om helsepersonellet har en plikt til å ivareta mindreåriges rett til selvbestemmelse og medbestemmelse, gitt at det er foreldrene som har rett til å ta beslutninger på barnets vegne?

I forbindelse med selvbestemmelsesretten er det lovpålagt at helsepersonellet må ha et gyldig samtykke før behandlingen iverksettes.¹⁹¹ Samt at barnet er godt informert jf. hlspl § 10. Helsepersonellets plikt til å informere foreldre og barn er nærmere regulert i punkt. 5.4. Ved ivaretagelsen av denne informasjonsretten, sikrer helsepersonellet barnets rett til medbestemmelse og selvbestemmelse.

Den behandlede lege må også innhente samtykke fra barnet om barnet er under den medisinske myndighetsalder. For eksempel ved abort er det viktig at også legen er sikker på at barnet samtykker til inngrepet.

Helsepersonellet kan sikre barnets medbestemmelsesrett ved å høre barnet på selvstendig grunnlag selv etter at foreldrene har tatt beslutningen om helsehjelp. Utgangspunktet er at beslutningen bør tas i fellesskap hvor både helsevesenet og foreldre involverer barnet.¹⁹² Le-

¹⁸⁹ Se punkt 9.1.1 om kravet om forsvarlighet.

¹⁹⁰ Ot.prp.13 (1998-1999) s. 34

¹⁹¹ Se punkt 5.3

¹⁹² Aasen (2008) s. 18

gen kan kontrollere om barnet har fått riktig og tilpasset informasjon og på bakgrunn av dette hatt mulighet til å uttale seg. Fremkommer det at barnet ikke har fått uttale seg eller at barnet har mottatt manglende informasjon, ansees foreldrenes samtykke som ugyldig. Helsepersonellet har en plikt til å vurdere om det er forsvarlig å behandle barnet, jf neste punkt.¹⁹³ Spesielt kommer forsvarlighetskravet på spissen hvor det foreligger konflikt mellom barnets og foreldrenes interesser.

9.1.1 Kravet om forsvarlighet

Kravet om forsvarlighet i helsevesenet er et grunnleggende krav nedfelt i hlspl § 4, og går som en rød tråd i alle deler av yrkesutøvelsen.¹⁹⁴ Hensynet bak bestemmelsen er at helsepersonellet skal beskytte pasienten og samfunnet for handlinger og unnlatelser som utgjør en skaderisiko.¹⁹⁵ Helsepersonellets plikt til forsvarlig behandling gjelder ved alle deler av yrkesutøvelsen og er ikke begrenset til kun behandling av pasienten.¹⁹⁶

Kravet om Forsvarlighet er mest anvendelig ved undersøkelser, behandling og pleie av pasienter.¹⁹⁷ Spørsmålet er om helsepersonellet på selvstendig grunnlag kan avvise eller foreta helsehjelp med utgangspunkt i forsvarlighetskravet?

Et eksempel som belyser helsepersonalets omsorgsplikt og krav til forsvarlighet er når foreldre i kraft av deres bestemmelsesplikt nekter barnet blodoverføring. Barnets liv og helse er i fare, en slik beslutning kan ikke tas uten at det ikke får rettslige konsekvenser.

I pasl. § 4-9 (1) har pasienten ”på grunn av alvorlig overbevisning rett til å nekte å motta blod,”. Spørsmålet er om foreldrene i dette henseende kan nekte å samtykke til blodoverføring? Pasl. § 4-9 må tolkes antitetisk og kan dermed ikke brukes på barnets vegne uansett hvor religiøst overbevist foreldrene er.¹⁹⁸ Det er pasienten, og ikke barnets respektive foreldre som er gitt rett til å nekte blodoverføring.¹⁹⁹ Siden barnet ikke har samtykkekompetanse, kan ikke

¹⁹³ Aasen (2000) s. 562

¹⁹⁴ NOU 2005:1 punkt. 13.3

¹⁹⁵ Befring (2010) s. 56

¹⁹⁶ Ibid s. 57

¹⁹⁷ Kjønstad (2007) s. 233

¹⁹⁸ Aasen (2000) s. 510

¹⁹⁹ Ibid. s. 510

barnet nekte behandlingen. Er blodoverføringen påtrengende nødvendig må dette skje med hjemmel i hlspl § 7. I dette henseende er helsepersonellet *pålagt* å foreta en forsvarlig avgjørelse på tvers av foreldrene og gi barnet en omsorgsfull og forsvarlig behandling jf. Hlspl §4.

På den annen side setter foreldrenes bestemmelsesplikt skranker for helsepersonellets plikt til å ivareta barnets rett til medbestemmelse og selvbestemmelse sett i lys av forsvarlighetskravet. Har foreldrene samtykket til en behandlingsform som ikke er lovstridig må det legges til grunn selv om både barnet og legen syns at det ikke er forsvarlig. Legens subjektive synspunkter har liten reell betydning.

Det fremgår av lovens forarbeider at forsvarlighetskravet skal ansees som *mer* enn et krav om aktsomhet. Uaktsom atferd ansees som uforsvarlig behandling av pasienten.²⁰⁰ Ved forsømmelse eller unnlatelse av de plikter helsepersonellet er bundet av etter loven kan de ble erstatningsansvarlige eller bli møtt med straffereaksjoner.

9.2 Kontroll med rettigheter

En del instanser har sin særlige oppgave å ivareta pasientens interesser og rettigheter innenfor og utenfor helsevesenet.

9.2.1 Institusjon

Den enkelte institusjonen og primærhelseyster skal hovedsakelig opprette egne respektive internkontrollsystemer. Institusjonen skal ifølge loven drive ”lovlighets- og kvalitetskontroll” jf. § 3.²⁰¹ Institusjonen driver med aktivt kontroll slik at barnet som er tilknyttet institusjonen får den nødvendige informasjon og at man sikrer at barnets rett til selvbestemmelse og medbestemmelse i saker som angår deres liv blir ivaretatt.²⁰²

²⁰⁰ Innst. O. nr 58 s. 7-8

²⁰¹ Lov om statlig tilsyn § 3, Warberg (1998) s. 39

²⁰² Warberg (1998) s. 39

9.2.2 Statens helsetilsyn og Fylkesmannen

Statens helsetilsyn er det overordnede nasjonale tilsynsmyndigheten i Norge. Det er overordnet tilsynsmyndighet for henholdsvis barnevern-, sosial og helsetjenester i Norge. Statens helsetilsyn og fylkeslegene skal føre tilsyn med helsevesenet i landet og kontrollere at tilbudet som gis til pasientene er et forsvarlig godt tilbud jf. tilsynsl. §§ 1-2.²⁰³

Fra og med 1. januar 2012 gikk oppgavene til helsetilsynet i fylket over til fylkesmannsembetet.²⁰⁴ Det betyr at oppgavene som utføres av helsetilsynet i fylket skal nå inngå i Fylkesmannens ordinære oppgaveportefølje.²⁰⁵ Fylkesmannen har nå tilsynsmyndighet for helsetjeneste og helsepersonellet i fylket.

Opplever en pasient at deres rettigheter ikke ivaretas, eller at det foreligger brudd på pasientrettighetene kan vedkommende klage inn til fylkesmannen i fylket som det rette klageorgan i ordinære klager. Klageadgangen, klagefrister og klageorganets kompetanse vil ikke bli utredet da det i sin helhet faller utenfor oppgaven. Det er viktig å bemerke at forvaltningslovens alminnelige regler vil ha selvstendig betydning for organets egen behandling av pasientklager, ved pasientklager vil det så langt det er mulig legges til grunn pasientrettighetslovens bestemmelser jf. lex specialis prinsippet.²⁰⁶

Dessverre har det seg slik at de viktige bestemmelsene om rett til medvirkning og informasjon påklages i svært lite omfang. Fra 2005-2009 kom det for eksempel kun seks klager fra foreldre som ikke fikk uttømmende informasjon om sine barn etter pasl. § 3-6, fire av sakene ble gitt medhold²⁰⁷. Etterkontrollen viser at det kan være lønnsomt å klage når barn og foreldre føler at deres rettigheter er krenket.

²⁰³ Ibid. s. 39

²⁰⁴ www.helsetilsynet.no - Overføring av oppgaver fra helsetilsynet i fylket til fylkesmannen.

²⁰⁵ Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester og helsetilsynsloven.

²⁰⁶ Syse (2009) s. 436 flg.

²⁰⁷ Syse (2009) s. 461

9.2.3 Pasient og brukerombudet

Pasient- og brukerombudet er ikke ett kontroll organ, men kan aktiv gi råd og veiledning til pasienter som har behov for det. Pasientombudet kan hjelpe pasienter med å rette formelle klager samt komme med uttalelser.

Pasient- og brukerombudet er et lovbestemt ombud som innenfor fylket ivaretar rettsikkerheten og kvaliteten i helsetjenesten.²⁰⁸ Ombudet utfører sin virksomhet på et uavhengig og selvstendig grunnlag, men er avhengig av at pasienter og pårørende henvender seg til ombudet.

I Ot. prp. nr 12 (1998-1999) fremkommer det at den økte fokuseringen på pasientrettigheter og innføringen av et ”nytt klageorgan” kan forårsake at pasientene blir mer pågående og krevende. Ombudene har en viktig funksjon, gjennom kommunikasjon og dialog kan man komme til enighet uten at formelle klageinstanser blir trukket inn.²⁰⁹

9.2.4 Barneombudet

Barneombudet er et offentlig ombud etablert 6. mars 1981. Ombudet driver med aktivt oppsøkende kontroll, samt kan ombudet motta nødvendig informasjon uten at taushetsplikten setter skranker for deres arbeid jf. barneombudslovens § 4.²¹⁰

Barneombudet har ansvar for at barn og unges meninger blir hørt og at deres rettigheter blir fulgt. Barneombudet har mottatt mye kritikk i den forstand at de ikke kan gå inn i enkeltsaker, men at de på uavhengig grunnlag selv bestemmer hvilke saker de ønsker å jobbe med og hvilke meninger som skal vektlegges.

Barneombudet har tilgang til informasjon fra alle offentlige og private institusjoner, også psykiatriske og somatiske sykehus. Ombudets oppgave er å kontrollere at lovgivning vedrørende barnets interesser etterleves og at den norske stat følger forpliktelsene vi er gitt i lys av barnekonvensjonen.

²⁰⁸ Syse (2009) s. 475, jf. Pasl. § 8-1

²⁰⁹ Syse (2009) s. 485

²¹⁰ Warberg (1998) s. 38

9.2.5 Domstolkontroll

Vedtak om retten til helsehjelp og en avgjørelse i en klagesak kan ved behov bringes inn for de alminnelige domstolene for overprøving. Dette gjelder også de forhold der barnets rettigheter er krenket.

Domstolene kan drive med legalitetskontroll. Det vil si at de kan ikke overprøve fritt skjønn, men kan alltid overprøve om et forvaltningsvedtak bygger på uriktig faktum eller at det foreligger saksbehandlingsfeil.²¹¹ Er barnet ikke hørt i saken, eller reglene om barnets rett til selvbestemmelse er krenket, foreligger det saksbehandlingsfeil som domstolene kan etterprøve.

Vekten av barnets mening er basert på kjønn, det er opptil helsepersonellet/foreldrene å bestemme hvor mye *vekt* barnets mening skal ha. Den faktiske innflytelsen barnets mening tillegges kan ikke overprøves av domstolene.

9.3 Saker hvor barnevernet er involvert

Jeg har tidligere vært inne på at hvor foreldrene misligholder sin omsorgsplikt har barnevernet en rett og plikt til å tre inn og overta saken. Det er ikke nødvendig at foreldrene fratas foreldreansvaret, men de kan miste sin bestemmelsesplikt ovenfor barnet.²¹² I et slikt tilfelle er det barnevernet som avgjør om det skal gis et samtykke til helsehjelp, behandling, undersøkelse m.m jf. pasl § 4-4 (2). Når barnevernet er involvert skal barnet høres på samme måte som om foreldrene hadde ansvaret. Barnevernet må få den informasjonen som er nødvendig for å oppfylle plikten som ligger i det å ha foreldreansvaret. jf. pasl. § 3-4 (4) jf (3). Spørsmålet er om barnets rett til medbestemmelse blir bedre ivaretatt for de barn som har barneverntjenesten som sin myndighetsperson?

Kravet om at barnet skal bli hørt etter barnevernloven § 6-3 er ikke mer omfattende enn høringsplikten etter pasientrettighetsloven da dem nærmest er bygget over samme lest. Høringsplikten i barnevernsloven må sees på som et generelt prinsipp og suppleres med særskilte bestemmelser som for eksempel høringsplikten etter bl. § 31 (1) og (2), pasl. § 4-4.

²¹¹ Kjønstad (2008) s. 247

²¹² Bvrnl § 4-10

I forholdet mellom barn og foreldre har man få rutiner for å kontrollere om barnet har fått en mulighet til å uttale seg. I barnevernssakene finnes det rutiner for at kravet om barnets rett til å bli hørt skal respekteres. Foreldre vil gjerne ha en subjektiv mening om saksforholdet og vil ofte ta en beslutning utfra det synspunktet. Den som har ansvaret for barnet i barneverntjenesten vil kun ta avgjørelsen på bakgrunn til det beste for barnet og på et objektivt grunnlag.²¹³

Jeg vil anta at barnets rett til å bli hørt blir godt - om ikke bedre - ivaretatt for barn som har barnevernet som sin myndighetsperson.

10 Avslutning

Hensikten med oppgaven var å finne ut i hvilken grad barnet har en rett til medbestemmelse og selvbestemmelse ved medisinske spørsmål. Til tross for at barnets rettigheter er lovregulert har vi sett at det kan forekomme konflikter som er vanskelig å løse. Foreldrene har det avgjørende ord i saken, men skal ta utgangspunkt i det som er det beste for barnet.

Etter en gjennomgang av litteraturen har det vist seg at den medisinske myndighetsalderen på 16 år ikke er absolutt. Det kan forekomme situasjoner der barnet bør gis en utvidet samtykkekompetanse til tross for at myndighetsalderen ikke er nådd. Dette gjør seg spesielt gjeldende i saker hvor det er snakk om abort og rett til prevensjon. Hensynet til barnets integritet gjør seg her sterkt gjeldende.

Oppgaven var interessant å jobbe med. Ved redegjørelsen av oppgaven forelå det fler grunnleggende prinsipper som til dels virket sammen og til dels virket imot hverandre. Jeg så at det på den ene siden var ansvarsfulle foreldre som skulle ta avgjørelse på vegne av barnet og at avgjørelsene måtte være i samsvar med prinsippet om barnets beste. På den andre siden hadde barnet grunnleggende prinsipper slik som retten til selv bestemme over saker som angår det, retten til å bli hørt før beslutningen med tatt og rett til beskyttelse.

²¹³ BK Art. 3

Det er viktig at informasjon gitt av helsepersonellet er tydelig og enkel, også for ikke-jurister. Utgangspunktet er klart. Men det fremkommer flere unntak og modifikasjoner i lovbestemmelsene, forarbeidene og i juridisk teori som gjør at rettstilstanden blir diffus og vag. Hadde informasjonen vært klar ville også flere mindreårige pasienter fått den helsehjelpen de har krav på uten frykt for at foreldrene ville bli informert.

Medbestemmelsesretten setter skranker for foreldrenes rett til å bestemme. Ved avveiningen mellom foreldrenes rett til å bestemme og barnets rett til å bli hørt må man ta utgangspunkt i det enkelte sakskompleks. Bruk av tvang i helseretten er ikke tilstrekkelig regulert i loven. Dette er svært uheldig for de saker som kommer på spissen. Jeg har kommet frem til at pasientrettighetsloven bør bli klarere på dette punkt.

I de senere år har barnets rettigheter blitt satt på dagsordenen. Økt fokus på barns rettigheter sett i lys av medisinske spørsmål vil sannsynligvis føre til mer rettspraksis på området og dermed en større klarhet i hva barns rettigheter i medisinske spørsmål innebærer.

11 Litteraturliste

11.1 Lovgivning

Konvensjoner:

- 1966 FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter 16.mai 1966
- 1969 Wien-konvensjonen – konvensjonen om traktatretten, Wien 23.mai 1969
- 1989 FNs konvensjon av barnets rettigheter (barnekonvensjonen) 20.november 1989

Lover:

- 1902 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) 22. mai nr. 10
- 1927 Lov om Vergemål for umyndige (vergemålsloven) av 22.april nr. 3
- 1973 Lov om transplantasjon, sykehusobduksjon og avgivelse av lik m.m (transplantasjonsloven) av 9.februar 1973 nr. 6
- 1975 Lov om svangerskapsavbrudd (abortloven) av 13.juni 1975 nr. 50
- 1977 Lov om sterilisering (steriliseringsloven) av 3.juni nr. 57.
- 1981 Lov om barn og foreldren (barneloven) av 8.april 1981 nr. 7
- 1981 Lov om barneombud (barnombudsloven) 3. Juni 1981 nr. 5
- 1984 Lov om statlig tilsyn med helsetjenesten av 30. Mars 1984 nr 14.
- 1986 Lov om adopsjon (adopsjonsloven) av 28. februar 1986 nr. 8
- 1992 Lov om barneverntjenester (barnevernloven) av 17.juli 1992 nr 100
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)
- 1999 Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven) av 2.juli 1999 nr. 63.
- 1999 Lov om helsepersonell (helsepersonelloven) av 2. Juli 1999 nr. 64.
- 2002 Lov om personnavn (navneloven) av 7.juni 2002 nr. 19

11.2 General Comments

1991	CRC – General Comment No. 4: The right to adequate housing 1991
1994	CESCR General comment No. 5: Persons with disabilities 1994
2000	CRC – General Comment No. 14: The right to the highest attainable standard of health. (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.
2005	CRC – General Comment No.7: Implementing children's rights in early childhood 2005
2009	CRC – General Comment No 12: Children's Right to be heard 2009

11.3 Forarbeider:

NOU:

NOU 1977:35 Lov om barn og foreldre (barneloven)

NOU 2005:1 God forskning - bedre helse.

Innstillinger til Odelstinget:

Innst. O. nr. 58 (1998-1999) innstillinger fra sosialkomiteen om lov om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven).

Innst. O. nr. 96. (2002-2003) Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om lov om endringer i barneloven mv. (Nye saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene mv.)

Odelstingsproposisjoner:

Ot.prp.nr 12 (1998-1999) Lov om pasientrettigheter (pasientrettighetsloven).

Dokumentet er hentet fra rettsdata.no

<http://abo.reettsdata.no/Print/documentprint.aspx>

Ot. prp. nr. 13 (1998-1999) Om lov om helsepersonell mv. (helsepersonelloven)

Ot.prp. nr 45 (2002-2003) Om lov om endring i menneskerettighetsloven mv. (innarbeiding av barnekonvensjonen i norsk lov)

Ot. Prp. Nr. 56 (1996-1997) Om lov om endringer i lov 8.april 1981 nr 7. Om barn og foreldre (barnelova)

Ot.prp. nr 62 (1979-1980)	Om lov om barn og foreldre (barneloven)
Ot. prp. nr. 65 (2005-2006)	Om lov om endringer i psykisk helsevernloven og pasientrettighetsloven m.m
Ot. prp. Nr. 104 (2008-2009)	Om Lov om endringer i barnelova mv.

Forskrift:

2001	Helse og omsorgsdepartementet Forskrift om svangerskapsavbrudd (abortforskriften) av 15.Juni 2001 nr. 635
------	---

Rundskriv

2003	Kosmetisk Kirurgi rundskriv I-8/2003 - fortolkning av relevant regelverk.
2004	Lov om pasientrettigheter Rundskriv IS 12/2004 fra helse- og sosialdirektoratet.

11.4 Litteratur

Aasen, Henriette Sindig *Pasientens rett til selvbestemmelse ved medisinsk behandling*. 1 utgave. Berge. 2000.

Befring, Anne Kjersti og Bente Ohnstad; *Helsepersonelloven med kommentar* 3. Utgave. Bergen. 2010

Backer, Inge Lorange: *Barneloven kommentarutgave*, 2. Utgave. 2008

Halvorsen, Marit *Rettslig grunnlag for medisinsk behandling*. Bergen. 1998

Haugli, Trude *Det mangfoldige barnets beste* Bonus Pater Familia, festskrift til Peter Lødrup 70 år. 1. Utgave. Oslo. 2002

Njål Høstmælingen *Internasjonale menneskerettigheter*. Universitetsforlaget. 2003.

Høstmælingen, Njål, Eli Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red) *Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge*. 1. utgave. Oslo. 2008

Høstmælingen, Njål, Eli Saga Kjørholt og Kirsten Sandberg (red) *Barnekonvensjonen – barns rettigheter i Norge*. 2. utgave. Oslo. 2012

Kjønstad, Asbjørn *Helserett*. 2.utgave. Oslo. 2007.

Kjønstad, Asbjørn og Aslak Syse: *Velferdsrett I*. Oslo. 2008

Kjørholt, anne Trine *Barn som samfunnsborgere – til barnets beste*. Oslo. 2010

Sandberg, Kirsten: *Barnets beste; Om barnefordeling, rettspraksis og rettferdighet*. Oslo. 1990.

Sandberg, Kirsten. Kommentar til Barneloven I: *Norsk lovkommentar* (online) note *77-79, 84,88-90 (sitert 12.11. 2013).

Smith, Lucy og Peter Lødrup *Barn og foreldre*. 7.utgave. Oslo. 2006

Syse, Aslak Pasientrettighetsloven med kommentar. 3 utgave. Oslo. 2009

Warberg, Lasse: *Barn og unges rettigheter som pasienter*. Oslo. 1998. (Hefter om helserett).

11.5 Dommer

Rt. 2004 s. 811A

11.6 Artikler

Aasen, Henriette Sinding *Barnets rett til selvbestemmelse og medbestemmelse i beslutninger om helsehjelp*. I: Tidsskrift for Familierett, arverett og barnevernrettslige spørsmål. 2008-1 s. 5-27 (sitert fra Rettsdata).

Coward, Kirsti. Litteratur I: Lov og rett. 1982 s. 170-176

Sandberg, Kirsten *Rettsforholdet mellom barn og foreldre i utdanningssammenheng – hvem har rett til informasjon, og hvem bestemmer hva*. Utdanningsrettslige emner. Oslo. 2012. Artikler med utvalgte tema fra skole og utdanningsrettens område.

Søvig, Karl Harald: *Barnets rettigheter på barnets premisser – utfordringer i møtet mellom FNs barnekonvensjonen og norsk rett*. En utredning gjort på oppdrag fra Barne og likestillingsdepartementet, Bergen. Det juridiske fakultets skriftserie. UIB nr. 115.

Thuen, Harald og Hilchen Sommerchild *Foreldre- til barns beste, om barneoppdragelse før og nå*. <http://www.regjeringen.no/nb/dokumentarkiv/Regjeringen-Bondevik-II/bfd/veiledninger-og-brosjyrer/2002/foreldre---til-barns-beste.html?id=275337> (sitert 16.04.2014)

11.7 Annet

Internett.

2003 VG.no 27.06.2003 <http://www.vg.no/nyheter/innenriks/18-aarsgrense-for-plastisk->

- [kirurgi/a/65448/](#) hentet 06.10.2014.
- 2014 Sexogsamfunn.no hentet 06.10.2014 <http://www.sexogsamfunn.no/For-fagfolk/Artikler/Prevensjon-til-jenter-under-16-år/>
- Snl.no *Store norske leksikon*. 2005-2007. Abortkampen. Hentet 06.10.2014
- 2005- Snl.no *Store norske leksikon*. 2005-2007. Abortkampen. Hentet 06.10.2014
- 2007 <http://snl.no/abortkampen>
- 2010 Vaksine mot HPV (Humant papillomavirus) Publisert 12.03.2010 hentet fra Lenke/ referanse til denne artikkelen: <http://www.fhi.no/artikler/?id=83023>. Den 08.04.14
- 2014 www.helsetilsynet.no - Overføring av oppgaver fra helsetilsynet i fylket til fylkesmannen. Hentet 20.04.2014.
- <http://www.helsetilsynet.no/no/Toppmeny/Presse/Nyhetsarkiv/Overforing-av-oppgaver-fra-Helsetilsynet-i-fylket-til-Fylkesmannen/>

Diverse

Folkehelseinstituttet *Informasjon til barn og foreldre om HPV-vaksinen i barnevaksinasjonsprogrammet*. Oslo. 2010

25.04.2011 -*Barns medbestemmelse i medisinske forhold – illustrert gjennom HPV-vaksinasjonen*. Kandidat nr 524. Universitetet i Oslo. Det juridiske fakultet. Masteroppgave.